

PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el  
Expediente N.º 2758-2004-HC/TC, caso L. G. B. D. V.

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada que presenta:

Milagros Mercedes Barraza Carrasco

ASESOR:  
Carolina Soledad Rodríguez Castro


Lima, 2025

## Informe de Similitud

Yo, RODRIGUEZ CASTRO, CAROLINA SOLEDAD, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor/a del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 2758-2004-HC/TC, caso Luis Guillermo Bedoya De Vivanco", del autor/a BARRAZA CARRASCO, MILAGROS MERCEDES, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 28%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 09/09/2025.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 09 de setiembre del 2025

RODRIGUEZ CASTRO, CAROLINA SOLEDAD	
DNI: 45577436	Firma: 
ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0003-2883-9361">https://orcid.org/0000-0003-2883-9361</a>	

## **RESUMEN**

El presente informe jurídico realiza un examen exhaustivo de la sentencia emitida en el Expediente N.º 02758-2004-HC/TC por el Tribunal Constitucional del Perú, en el marco de un proceso de hábeas corpus promovido por Luis Guillermo Bedoya de Vivanco. En este caso se examinan cuestiones jurídicas de alta complejidad, particularmente en lo que respecta a los desafíos interpretativos asociados a la figura del "funcionario público de facto" y su aplicación en el tipo penal de peculado, a la luz del principio de legalidad penal. Asimismo, se analiza el momento consumativo del delito de peculado por apropiación, dado que el recurrente sostiene que su intervención ocurrió con posterioridad a la consumación del ilícito. De igual modo, se aborda la proporcionalidad de las sanciones impuestas a los cómplices, en el marco del principio de igualdad. Finalmente, el informe determina si, al momento de los hechos, era jurídicamente válido considerar a Luis Guillermo Bedoya de Vivanco como funcionario o servidor público.

**Palabras clave:** Peculado, funcionario público de facto, principio de legalidad y principio de igualdad.

## ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	3
<b>II. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN</b> .....	3
<b>III. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES</b> .....	4
3.1 Antecedentes .....	4
3.2 Hechos relevantes del caso.....	4
<b>IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS</b> .....	6
4.1 Problema principal .....	6
4.2 Problemas secundarios .....	6
<b>V. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A</b> .....	6
<b>VI. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS</b> .....	7
6.1 Problema principal .....	7
¿Constituye una transgresión al principio de legalidad la atribución de autoría del delito de peculado a Vladimiro Montesinos Torres bajo la categoría de funcionario público de facto?.....	7
6.2 Problemas secundarios .....	14
6.2.1 ¿Luis Guillermo Bedoya de Vivanco participó como cómplice en la consumación del delito de peculado, considerando que recibió fondos públicos de Vladimiro Montesinos?.....	14
6.2.2 ¿Se trasgredió el principio de igualdad en pena impuesta a Luis Guillermo Bedoya de Vivanco en comparación a la pena dictada contra Tomás Gonzales Reátegui?.....	16
6.2.3 ¿Luis Guillermo Bedoya de Vivanco ostentaba la calidad de funcionario o servidor público para efectos penales, en su condición de candidato a la alcaldía de la Municipalidad de Miraflores?.....	19
<b>VII. CONCLUSIONES</b> .....	22
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	24

## **I. INTRODUCCIÓN**

El Tribunal Constitucional constituye uno de los órganos más trascendentales dentro de la estructura institucional del Estado peruano. En su calidad de máximo intérprete de la Constitución, le corresponde garantizar la supremacía normativa del texto constitucional y resolver, con carácter definitivo, los conflictos de naturaleza constitucional que se presenten, asegurando así la vigencia efectiva del Estado Constitucional de Derecho. Una vez que se hizo público el involucramiento del ex presidente Alberto Fujimori y de su círculo político más cercano en diversos actos de corrupción, correspondió al Tribunal Constitucional asumir un rol decisivo en la resolución de los conflictos jurídicos surgidos en torno a las decisiones adoptadas por la Corte Suprema de Justicia en dichos casos.

La resolución del Tribunal Constitucional que dio lugar al presente análisis se sitúa en un contexto político-jurídico marcado por el colapso institucional tras el régimen de Alberto Fujimori, caracterizado por prácticas de corrupción estructural y ejercicio irregular del poder público. Durante este periodo, el asesor Vladimiro Montesinos ejercía de facto la jefatura del Servicio de Inteligencia Nacional (en adelante SIN), y en ese rol habría dispuesto ilícitamente de fondos reservados del Estado. El caso permite observar cómo la función pública ejercida al margen del marco legal puede dar lugar a debates sobre autoría penal en delitos especiales, como el peculado.

En efecto, el proceso se inició tras una condena emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirmada por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema mediante sentencia de noviembre de 2003, que impuso cinco años de prisión a Bedoya de Vivanco por su participación como cómplice en el delito de peculado. A raíz de esta decisión, el demandante promovió una acción de hábeas corpus. Dicha acción fue declarada improcedente en primera instancia por el Vigésimo Sexto Juzgado Penal de Lima y ratificada por la Segunda Sala Penal para Reos Libres, siendo finalmente revisada en sede constitucional.

El eje central del presente informe jurídico radica en determinar si el juez penal vulneró o no el principio de legalidad cuando se atribuyó a Vladimiro Montesinos la calidad de autor del delito de peculado en calidad de funcionario público de facto, a pesar que dicha condición no se encuentra expresamente tipificada en el texto de la norma penal. Del mismo modo, se examinarán las alegaciones planteadas por Luis Guillermo Bedoya de Vivanco en el recurso de hábeas corpus que promovió, así como los fundamentos jurídicos en los que se sustentó el Tribunal Constitucional para declarar infundada la demanda. Igualmente, se analizarán los argumentos desarrollados en los votos singulares emitidos por el magistrado Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen y la magistrada Martha Chávez Cossío de Revoredo Marsano. Finalmente, se incorporarán reflexiones jurídicas adicionales que contribuyan a una comprensión más completa del caso en análisis.

Asimismo, se incorpora el análisis de normatividad penal y constitucional aplicable al caso, doctrina (nacional e internacional) y jurisprudencia, para contextualizar las controversias jurídicas. De este modo, se busca no solo ofrecer una interpretación técnica del caso, sino también evaluar su impacto en la garantía de los derechos fundamentales.

## **II. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN**

La selección de la sentencia recaída en el Expediente N.º 02758-2004-HC/TC, emitida por el Tribunal Constitucional del Perú, responde a la relevancia jurídica y constitucional que reviste este pronunciamiento en el contexto del control del principio de legalidad penal y su aplicación en casos complejos vinculados a corrupción de funcionarios. En este caso, se analiza la atribución de responsabilidad penal a una persona en calidad de funcionario público de facto, figura que no se encuentra expresamente tipificada en la legislación penal nacional, lo cual plantea importantes desafíos interpretativos en torno a los límites del ius

puniendi, la tipicidad penal y el alcance de la autoría en delitos contra la administración pública, específicamente en el delito de peculado. Por otro lado, esta sentencia ofrece un marco idóneo para examinar la posición jurídica de terceros vinculados a actos de corrupción, el momento de consumación del delito de peculado y la aplicación del principio de igualdad en la imposición de sanciones penales.

Sumado a ello, esta sentencia reviste una especial relevancia no solo por los aspectos constitucionales y penales que aborda, sino, también por su impacto como precedente en el tratamiento de procesos penales vinculados a hechos de corrupción, al legitimar la posibilidad de sancionar penalmente a personas que, sin contar con un título formal como funcionario o servidor público, ejercían funciones públicas de facto con respaldo institucional. La trascendencia de esta sentencia radica en que estableció criterios jurídicos aplicables a otros casos similares, siendo invocada y utilizada en procesos posteriores, en los cuales actores políticos nacionales han sido procesados por estar inmersos en la presunta comisión de delitos contra la administración pública, no desligándolos de la posible responsabilidad penal que pudieran tener pese a no haber ostentado formalmente un cargo público.

Este pronunciamiento del Tribunal Constitucional ha coadyuvado a consolidar una concepción del Derecho Penal orientada a ejercer un control efectivo frente al uso indebido del poder político, evitando que interpretaciones excesivamente formalistas deriven en escenarios de impunidad en contextos donde se produjo una evidente desviación de recursos públicos con fines privados o partidarios. Asimismo, ha permitido dotar al sistema de justicia de criterios más flexibles —aunque respetuosos del orden constitucional— para enfrentar estructuras de corrupción de alta complejidad, constituyéndose así en un precedente útil y legítimo para abordar casos similares en el futuro.

### **III. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES**

#### **3.1. ANTECEDENTES**

El 14 de septiembre del año 2000, durante un evento organizado por el partido Frente Independiente Moralizador, se exhibió un video que generó gran impacto en la escena política nacional. En dicha grabación audiovisual, se observaba a Luis Alberto Kouri Bumachar —entonces congresista electo por la agrupación opositora Perú Posible— recibiendo la suma de US\$ 15.000,00 (quince mil dólares estadounidenses) de manos de Vladimiro Montesinos Torres, en el interior de las oficinas del SIN. A cambio de dicho monto, Kouri habría acordado abandonar su bancada para integrarse al partido oficialista Perú 2000.

La difusión de este video provocó una fuerte reacción en la opinión pública y desencadenó una profunda crisis institucional en el país, la cual culminó con la renuncia del entonces presidente Alberto Fujimori. Esta fue enviada desde Japón mediante una misiva dirigida al Congreso de la República el 21 de noviembre del mismo año. No obstante, el Parlamento no aceptó su dimisión, y en su lugar procedió a declarar su vacancia por permanente incapacidad moral.

Tras el fin del régimen fujimorista, las nuevas autoridades descubrieron una extensa colección de grabaciones realizadas por Vladimiro Montesinos en las instalaciones del SIN. En estos registros audiovisuales quedaban documentados múltiples actos de corrupción en los que se veían implicadas diversas figuras del ámbito político, económico y mediático. Esta serie de videos fue conocida popularmente como los 'Vladivideos', convirtiéndose en uno de los escándalos más significativos de la historia política reciente del Perú."

#### **3.2. HECHOS RELEVANTES DEL CASO**

Entre el conjunto de videos llamados "Vladivideos", se halló uno con el rotulo "Reunión Doctor - Bedoya Reátegui", de fecha 17 de junio de 1999, en el que se observó a Vladimiro Montesinos Torres, Luis

Guillermo Bedoya De Vivanco y José Gonzáles Reategui en las oficinas del SIN, teniendo una conversación relacionada al apoyo mediante medios televisivos para la Campaña Municipal del "Movimiento Independiente Lucho en Miraflores" de Luis Guillermo Bedoya De Vivanco, quien en ese entonces era candidato para la alcaldía de la Municipalidad de Miraflores, apreciándose que Vladimiro Montesinos entregó la suma de \$ 25,000.00 (veinticinco mil dólares americanos) para dicha campaña, dinero que fue colocado en un sobre y recibido por Luis Guillermo Bedoya De Vivanco.

El Poder Judicial peruano llegó a la conclusión de responsabilizar penalmente a Vladimiro Montesinos como autor del delito de peculado en perjuicio del Estado, y de atribuir la calidad de cómplices a Luis Guillermo Bedoya De Vivanco y José Gonzáles Reátegui por su participación en dicho acto ilícito. Esta decisión se debió a consecuencia que se determinó que Vladimiro Montesinos Torres, a pesar de no tener un título formal que le atribuía el rol de Jefe del SIN, era un funcionario público de facto por haber ejercido en la realidad la administración de los recursos públicos de esta entidad con aprobación del ex presidente Alberto Fujimori. En el caso de Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, se le imputó responsabilidad penal por haber aceptado recursos económicos para su campaña política, a pesar de tener conocimiento del carácter público de dichos fondos. Por su parte, José Gonzales Reátegui fue condenado por haber tenido el rol de intermediario o nexa entre los otros dos coimputados, actuando como elemento de conexión funcional entre ellos y participando en la reunión en la que se materializó el acto delictivo.

El 21 de abril de 2004, Luis Guillermo Bedoya De Vivanco presentó una demanda de hábeas corpus ante el Tribunal Constitucional, en la que alegó que la sentencia condenatoria emitida en su contra vulneraba el principio de legalidad penal. En su argumentación, sostuvo que el delito de peculado no habría llegado a consumarse, pues, a su juicio, Vladimiro Montesinos —considerado autor del ilícito— no ostentaba formalmente la competencia para administrar ni disponer de los fondos públicos asignados al Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), ya que sus funciones oficiales no incluían esas atribuciones. Adicionalmente, Bedoya De Vivanco indicó que, con anterioridad a la condena por peculado, a Montesinos se le había imputado el delito de usurpación de funciones, también en calidad de autor, lo cual generaría una contradicción en la calificación jurídica de los hechos. Finalmente, argumentó que su propia participación no habría tenido lugar durante el período de consumación del delito, ya que la entrega del dinero estatal a un tercero —acto en el que él intervino— constituiría una fase posterior al desapoderamiento del bien público.

Frente a estos cuestionamientos, el Tribunal Constitucional resolvió declarar infundada la demanda. En su decisión, el supremo intérprete de la Constitución concluyó que Vladimiro Montesinos ejercía de facto la jefatura del SIN, lo cual le permitía ser considerado como sujeto activo del delito de peculado. Asimismo, se señaló que la consumación del ilícito se produjo en el momento en que el dinero del Estado fue entregado a Bedoya De Vivanco, ya que en ese instante el caudal salió del dominio de la Administración Pública. No obstante, la decisión del Tribunal no fue unánime, dado que dos magistrados emitieron votos singulares sosteniendo una posición contraria: que el recurso debió ser declarado fundado.

En su voto singular, el magistrado Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen manifestó que la condena como cómplice impuesta a Bedoya De Vivanco era incorrecta, puesto que la persona señalada como autor del delito —Vladimiro Montesinos— carecía de la condición de funcionario público exigida por la norma penal. Además, cuestionó que se hubiese vulnerado el principio de igualdad ante la ley, ya que para fundamentar la pena impuesta a Bedoya de Vivanco se consideraron factores como su trayectoria profesional y su condición de figura política, aspectos similares a los de José Gonzáles Reátegui, quien recibió una sanción menor.

Por otro lado, la magistrada Revoredo Marsano, también en su voto singular, sostuvo que el tipo penal de peculado exige expresamente que el sujeto activo sea un funcionario público con facultades para administrar fondos estatales por razón de su cargo. En su opinión, apartarse de esta interpretación literal implicaría una aplicación analógica prohibida por el texto constitucional. Asimismo, observó que la sentencia impugnada no hacía mención expresa al dolo como elemento subjetivo del tipo penal, ni se valoró

si la actuación de Bedoya De Vivanco fue indispensable para que se configurara el delito. Finalmente, señaló una afectación al principio de igualdad en el acceso a la justicia, al no haberse ofrecido una justificación sobre por qué los mismos hechos fueron calificados como peculado en el caso del recurrente, mientras que en otros similares se consideraron como receptación.

#### **IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS**

##### **4.1. PROBLEMA PRINCIPAL**

¿Constituye una transgresión al principio de legalidad la atribución de autoría del delito de peculado a Vladimiro Montesinos bajo la categoría de funcionario público de facto?

##### **4.2. PROBLEMAS SECUNDARIOS**

¿Luis Guillermo Bedoya de Vivanco participó como cómplice en la consumación del delito de peculado, considerando que recibió fondos públicos de Vladimiro Montesinos?

¿Se trasgredió el principio de igualdad en pena impuesta a Luis Guillermo Bedoya de Vivanco en comparación a la pena dictada contra Tomás Gonzales Reátegui?

¿Luis Guillermo Bedoya de Vivanco ostentaba la calidad de funcionario o servidor público para efectos penales, en su condición de candidato a la alcaldía de la Municipalidad de Miraflores?

#### **V. POSICIÓN DE LA CANDIDATA**

El problema principal gira en torno a la interpretación adoptada por la justicia penal y validada por el Tribunal Constitucional en calificar a Vladimiro Montesinos como funcionario público de facto, pese a que formalmente solo era asesor. Se arriba a la convicción que esta decisión no vulnera el principio de legalidad penal, que garantiza que una persona no sea sancionada sin una norma penal previa, escrita, estricta y clara. Esto se fundamenta en que la aplicación de esta figura se sustentó en una interpretación teleológica y razonable de la norma penal, orientada a comprender la verdadera intención del legislador, que consiste en la protección efectiva de los bienes jurídicos tutelados por la ley. Asimismo, esta decisión ha recibido respaldo tanto de parte de diversos sectores doctrinales como de la jurisprudencia subsecuente.

Como primer problema secundario, se examina uno de los planteamientos formulados por Bedoya de Vivanco en su recurso de hábeas corpus, en el cual sostiene que su participación habría ocurrido una vez consumado el delito de peculado por apropiación, por lo que no correspondería atribuirle la calidad de cómplice en dicho ilícito. Sin embargo, tras un análisis detallado de la doctrina aplicable al delito de peculado, se constata que la consumación del delito se produce precisamente en el momento en que el recurrente recibió los fondos públicos, momento en que salieron del control estatal, para disponer de ellos. En consecuencia, la calificación de Bedoya de Vivanco como cómplice del delito resulta jurídicamente fundada y adecuada.

El segundo problema secundario, es sobre lo sostenido por el magistrado Juan Bautista Bardelli Lartirigoyen, respecto a la posible vulneración del principio de igualdad en la imposición de las penas a los cómplices, por haberse impuesto cinco años de prisión a Bedoya de Vivanco y tres a su coimputado Tomás Gonzales Reátegui. Al respecto, se entiende que la aplicación de penas diferenciadas a los cómplices no vulneró el principio de igualdad, dado que, aunque compartían características similares, por ser profesionales y tener una carrera política, la justicia ordinaria consideró no solo estos aspectos, sino también la relevancia y el impacto de sus acciones en la comisión del delito. Por tanto, resulta plenamente justificado que a Bedoya de Vivanco se le haya impuesto una sanción más rigurosa, en atención a la trascendencia de su rol en el peculado, al ser la persona que recibió directamente los recursos públicos.

El tercer problema secundario gira en torno a la posibilidad de haber considerado a Bedoya de Vivanco como funcionario o servidor público en su condición de candidato a la Alcaldía de la Municipalidad de Miraflores. Sin embargo, al analizar el marco normativo aplicable, se advierte que su situación no se ajustaba a ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 425° del Código Penal, disposición en la que el legislador optó por establecer un listado de características que permiten ostentar dicha calidad para efectos penales. Asimismo, su caso tampoco encajaba dentro del enfoque más amplio previsto por la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), ya que esta, pese a adoptar una noción más inclusiva, exige como requisito mínimo que el sujeto haya sido formalmente electo para poder ser considerado funcionario público, condición que Bedoya de Vivanco no cumplía en ese momento.

## **VI. ANÁLISIS Y POSICIÓN JURÍDICA FUNDAMENTADA SOBRE CADA PROBLEMA**

### **6.1. PROBLEMA PRINCIPAL**

**¿Constituye una transgresión al principio de legalidad la atribución de autoría del delito de peculado a Vladimiro Montesinos bajo la categoría de funcionario público de facto?**

Con el propósito de dilucidar esta interrogante, es necesario realizar un análisis exhaustivo desde el punto de vista legal, doctrinal y jurisprudencial acerca del principio de igualdad, la concepción penal de funcionario o servidor público y la figura del funcionario público de facto. Este enfoque permitirá contar con un conocimiento sólido sobre estos conceptos, facilitando así la emisión de una respuesta fundamentada y precisa.

- **Principio de legalidad**

El principio de legalidad representa una garantía constitucional esencial para la protección de los derechos fundamentales de las personas. Este se encuentra consagrado en el artículo 2°, inciso 24, literal d) de la Constitución Política del Perú, el cual establece que nadie podrá ser procesado ni condenado por un hecho u omisión que, al momento de su comisión, no haya sido previamente tipificado en la ley, como conducta punible; ni podrá imponerse una sanción que no esté prevista legalmente.

Desde el plano constitucional, la STC Expediente N.º 0010-2002-AI/TC reitera que la labor judicial debe respetar las exigencias de *lex praevia*, *lex scripta*, *lex certa* y *lex stricta*; sin embargo, la exigencia de *lex certa* no puede concebirse como una exigencia al legislador de alcanzar una precisión absoluta en la redacción de los tipos penales, ya que el propio lenguaje, por su naturaleza, está sujeto a ciertos márgenes de ambigüedad, incluso en los preceptos con un elevado nivel de detalle, subsiste un espacio de posible indeterminación o equívoco en su aplicación.

Así las cosas, el principio de legalidad no puede ser entendido desde una concepción anacrónica o meramente formalista que reduzca su aplicación a una labor estrictamente literal, rígida o mecánica por parte de los jueces, adoptar dicha visión podría dar lugar a escenarios de impunidad frente a conductas que, aunque lesivas del bien jurídico protegido, quedarían fuera del alcance del poder punitivo por razones puramente formalistas (Miro Quesada 2024: 28). En consecuencia, una comprensión moderna y garantista del principio de legalidad exige interpretar la norma penal con base en criterios sistemáticos, teleológicos y orientados a la protección efectiva de los bienes jurídicos, sin perder de vista los límites propios del Estado Constitucional de Derecho.

La problemática esencial reside en distinguir adecuadamente entre una interpretación legítima de la norma penal y una aplicación analógica que contravendría el principio de legalidad. Bramont Arias sostiene que la interpretación extensiva implica una labor del intérprete orientada a desentrañar la verdadera voluntad del legislador, otorgando a los términos empleados en la norma un alcance más amplio, pero siempre conforme con el espíritu de la ley; en contraste, la analogía prescinde de dicha

voluntad, pues lo que se extiende no es la voluntad de la norma, sino su ámbito de aplicación, trasladándola a un supuesto distinto, pero similar al previsto originalmente, con el propósito de colmar un vacío normativo (2005: 31-32).

Para identificar el verdadero sentido de la norma penal, lo idóneo es emplear una interpretación teleológica, el cual centra su análisis en los fines que persigue el ordenamiento jurídico-penal, este método permite al juez realizar una labor interpretativa que no implica una creación normativa —lo cual sería incompatible con el principio de legalidad penal—, sino una reconstrucción racional y coherente del contenido de la ley, orientada al propósito fundamental del Derecho penal, consistente en salvaguardar los bienes jurídicos tutelados por la norma penal (Dino Caro y Luis Reyna 2023: 140-141).

En consecuencia, que los órganos jurisdiccionales ordinarios realicen una interpretación teleológica razonable de un tipo penal no implica una transgresión de la voluntad del legislador. Dicha voluntad tiene como finalidad última la protección efectiva de los bienes jurídicos que tutela la ley penal. Este tipo de interpretación permite a los jueces comprender el sentido y alcance real de la norma, atendiendo a los objetivos y valores que busca resguardar el ordenamiento jurídico penal, en lugar de limitarse a una lectura estrictamente literal que podría resultar insuficiente o injusta en casos concretos. De este modo, la labor interpretativa no se aleja de la voluntad del mandato legal, como en un caso de analogía, sino que se alinea con el espíritu normativo, garantizando una aplicación coherente y razonada de la ley en defensa de los intereses fundamentales protegidos por el Derecho Penal.

- **Concepción penal de funcionario o servidor público**

A juzgar la descripción del tipo penal que regula el delito de peculado contemplado en el artículo 387° del Código Penal, se evidencia que el legislador a contemplado al sujeto activo de este ilícito penal como el funcionario o servidor público, sobre quien recae la responsabilidad de percibir, administrar o custodiar bienes o fondos públicos a razón de su cargo.

Cabe anotar que, el Derecho Penal ha adoptado una noción autónoma de funcionario o servidor público, que se diferencia de las definiciones adoptadas por otras ramas del Derecho. En tal sentido, Abanto Vásquez sostiene que carecería de lógica que el legislador limite el alcance del concepto penal de funcionario o servidor público, subordinándolo a las definiciones propias del ámbito administrativo o laboral (2003: 36). Para Peña Cabrera el Derecho Penal debe elaborar su propia definición, la cual, sin contradecir las normas de otras ramas del derecho, le permitan cumplir adecuadamente con los objetivos de la política criminal, especialmente por su constante labor de tutela de los bienes jurídicos (2016: 52).

En esta misma línea, Montoya, Chanján, Novoa, Rodríguez y Quispe sustentan que, en el Derecho Penal, en distinción al Derecho Administrativo, la definición de funcionario o servidor público debe adquirir una interpretación más amplia, toda vez que, en materia penal, lo fundamental para determinar quién es considerado funcionario o servidor público radica en establecer qué personas, debido a su función y vinculación con el aparato estatal, están en posición de influir o perjudicar el correcto desempeño de la administración pública (2013: 31).

En el marco de nuestra normativa penal, no se ha incorporado una definición específica que delimite, de manera conceptual, qué debe entenderse por funcionario o servidor público. Esta ausencia responde a la decisión del legislador penal de no adoptar una definición general, sino más bien de establecer un listado. En ese sentido, el artículo 425° del Código Penal contiene una relación detallada de los sujetos que, por las funciones que desempeñan o la naturaleza de sus cargos, son considerados funcionarios o servidores públicos, permitiendo así atribuirles responsabilidad penal en los casos correspondientes.

Dentro de los supuestos contemplados en dicha norma, destaca especialmente lo señalado en el numeral 3. Este apartado establece que serán considerados funcionarios o servidores públicos todas aquellas personas que mantengan algún tipo de vínculo con una entidad estatal, sin que importe el carácter laboral o contractual que dicha relación pueda tener (Pariona Arana 2024: 297).

En el ámbito doctrinario, no existe un consenso uniforme respecto al contenido de los criterios que deben considerarse para determinar cuándo una persona adquiere la condición de funcionario o servidor público en el contexto del derecho penal, lo que ha dado lugar a un debate amplio y sostenido sobre su correcta delimitación.

Para el sector mayoritario de la doctrina, la concepción penal de funcionario o servidor público se sustenta en dos elementos fundamentales, siendo los siguientes:

a) Título habilitante

Este primer elemento es el que faculta a que el funcionario o servidor pueda ser incluido de manera formal a la administración pública (Pariona Arana 2024: 300-302).

Por su parte, Montoya más bien hace alusión a una incorporación heterónoma a la función pública, implica que el carácter de funcionario o servidor público se obtiene mediante un proceso de selección, la designación o elección, ya sea por parte del pueblo, de una norma jurídica o de una autoridad distinta al propio individuo, que tenga la facultad necesaria para integrarlo en la estructura del aparato estatal (2015: 40).

b) Posibilidad efectiva de desempeñar una función pública

Este segundo elemento alude a la posibilidad cierta y verificable de ejercer una función pública, lo que implica que el sujeto deba estar ejerciéndolo o esté en situación material y real para asumir dicho rol (Pariona Arana 2024: 302).

Entonces, siguiendo este criterio, funcionario o servidor público en el Derecho Penal es aquel individuo que ha accedido a la Administración pública a través de un título que lo habilita formalmente para ejercer funciones estatales, además, debe poseer la capacidad real de llevar a cabo tareas propias del aparato público, asumiendo así obligaciones especiales orientadas a proteger y garantizar el adecuado funcionamiento de la estructura administrativa del Estado.

Empero, se han suscitado diversas discusiones en torno al primer elemento mencionado, el denominado título habilitante. Se ha planteado la problemática de aquellos casos en los que un individuo desempeñe funciones públicas en la práctica, aunque su título presente algún defecto o irregularidad, o, incluso que carezca de un título formal. Esta situación ha dado lugar al desarrollo de la figura del funcionario público de facto.

Entonces, el delito de peculado no se limita únicamente a castigar al funcionario o servidor público de iure, quien ha satisfecho las exigencias administrativas necesarias para obtener dicha condición (Moreno 2021: 321), es decir, a quien tiene un título habilitante sin un tipo de vicio. Sino también, al funcionario público de facto, siendo lo fundamental en esta figura que la persona actúe como parte del sector público y ejerza un control real sobre la gestión administrativa estatal (Morales y Morales 1999: 1282).

- **Funcionario público de facto**

El concepto de funcionario público de facto no cuenta, ni ha contado, con una definición expresa dentro de la legislación nacional. Sin embargo, resulta factible acudir a la doctrina especializada y a la jurisprudencia consolidada para construir una comprensión adecuada y precisa acerca de esta figura.

Para el momento de ocurrido el evento materia de análisis, en la doctrina ampliamente ya era aceptado que un funcionario público de facto pueda asumir responsabilidad penal por la comisión del delito de peculado. En la doctrina internacional se puede hallar al jurista argentino Sebastián Soler, quien sostuvo que "(...) Si se trata de un funcionario de facto, que como funcionario actúa, esa actuación solamente es posible o por consentimiento de órganos superiores o por descuido de éstos. En ambos casos, el sujeto presenta exteriormente el aspecto del funcionario legal (...) en consecuencia, la sustracción que aquél ejecute es peculado" (1951: 203-204). Por su parte, Fermín Morales y Oscar Morales sostuvieron que este reconocimiento de la figura del administrador de facto se justifica en la necesidad de salvaguardar el patrimonio del Estado, asegurando así una adecuada protección de los bienes públicos frente a posibles actos lesivos (1999: 1282).

Esta corriente de pensamiento también fue respaldada por la doctrina nacional. Los autores Raúl Peña y Manuel Frisncho afirmaron que para atribuir a un servidor público la comisión del delito de peculado, no es necesario que tenga la tenencia material de los bienes; basta con que tenga la posibilidad de disponer de ellos en virtud del cargo o función que ejerce dentro de la Administración Pública (1999: 288).

Ha quedado establecido que, para la fecha en que ocurrieron los hechos, ya existía aceptación doctrinal respecto a que un funcionario público de facto podía ser considerado como autor del delito de peculado. Aunque, doctrinariamente no ha existido unanimidad respecto a la definición y alcance del concepto de funcionario público de facto.

Para la comprensión de esta figura, se precisa que, en la doctrina jurídica, se han delineado principalmente dos corrientes interpretativas. Por una parte, se sostiene que esta condición recae en quien posee, al menos, un título formal, aunque con vicios o irregularidades. Por otra parte, ciertos juristas proponen una visión más extensa, argumentando que también puede reconocerse como funcionario de facto a aquella persona que, aunque no cuente con un título formal, accedió a la estructura estatal a través de una autoridad superior, lo que le permitió desempeñar funciones públicas con la capacidad y el poder necesarios para producir efectos jurídicos en representación del Estado.

En relación al primer grupo, se tiene al autor nacional Rojas Vargas, quien plantea que el reconocimiento de esta figura depende de la concurrencia de ciertos elementos: carecimiento de un título válido, el desempeño real de funciones públicas y la aquiescencia de la Administración Pública frente al ejercicio material de dichas funciones (2021: 187). Este mismo autor precisa, que la investidura del funcionario público de facto puede ser irregular desde su inicio, por no cumplir la totalidad de los requisitos establecidos, o, se torna irregular como consecuencia de hechos como la remoción, el término del nombramiento, el cese de funciones o el abandono del puesto (1999: 29).

Asimismo, para Abanto Vásquez, resulta esencial que el sujeto cuente con un título habilitante, aun cuando este adolezca de irregularidades, ya que dichos vicios corresponderían al ámbito del derecho administrativo; en consecuencia, según su criterio no sería jurídicamente admisible reconocer como funcionario público de facto a quien no posee ningún tipo de título que lo autorice para el ejercicio de la función pública (2023: 402-403).

En esta misma línea de criterio, para Pariona Arana no se debería de reconocer en ningún supuesto la condición de funcionario a una persona que, sin contar con algún tipo de título habilitante, aun cuando dicho nombramiento o designación sea jurídicamente nulo, se atribuye el ejercicio de funciones públicas (2024: 308).

En la doctrina internacional, se puede hallar a autores como De la Vallina, quien sostiene que un funcionario de facto será quien desempeñe actividades públicas correspondientes a un cargo u oficio

estatal, aunque no reúna alguna exigencia esencial que le permitiría ser reconocido legalmente como funcionario de iure (1959: 115). Bajo esta misma perspectiva, Olaizola afirma que aquel funcionario que ejerza un cargo público con un nombramiento viciado o defectuoso, puede ser considerado responsable por la comisión de delitos especiales en perjuicio de la administración pública (1999: 155).

A partir de lo anteriormente expuesto, se desprende que, según una parte de la doctrina, la figura del funcionario público de facto requiere, como condición esencial, la existencia de un título formal — aunque sea irregular o defectuoso— que le haya conferido dicha investidura. Esta situación puede haberse originado en el momento mismo de la emisión del acto que otorga el cargo o haber sobrevenido con posterioridad.

Por otra parte, conforme se explicó en glosados anteriores, existe un sector de la doctrina que ha propuesto una concepción más extensiva respecto a la figura del funcionario público de facto. Para ellos, se denomina funcionario de facto a la persona que sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fueses un verdadero funcionario (Sayagués 1974: 300). Es importante destacar que dentro este sector de la doctrina se encuentran aquellos juristas que respaldan el criterio asumido por el Tribunal Constitucional al reconocer a Vladimiro Montesinos como un funcionario público de facto.

Se puede hallar al jurista Salinas Siccha, quien plantea que Vladimiro Montesinos fue definitivamente un funcionario público de facto en el contexto del delito de peculado, debido a las funciones que ejercía materialmente relacionadas con la gestión de bienes o fondos dentro del Estado Peruano, cuyo rol fue aceptado de manera implícita por altas autoridades del Estado, incluyendo al entonces presidente Alberto Fujimori (2019: 423).

En esta misma línea de pensamiento, el autor Montoya sostiene que funcionario público de facto es aquel individuo que, ostenta un título habilitante material por haber sido integrado en la administración pública por una autoridad que le permitió estar investido de la facultad para comprometer legalmente al Estado mediante sus acciones, aunque su proceso de selección, designación o elección, pueda resultar no solo inválido, sino, incluso, inexistente (2015: 42-43). Como el caso de Vladimiro Montesinos, quien fue incorporado directamente por el propio ex presidente Alberto Fujimori en la alta dirección del SIN - incorporación heterónoma por designación -, permitiéndole manejar y acceder a recursos públicos de esa institución (Montoya 2015: 43).

De acuerdo con la posición sostenida por los autores mencionados, si bien Vladimiro Montesinos no contaba con un nombramiento formal que lo acreditara documentalmente como Jefe del SIN, con facultades para administrar fondos del erario, lo cierto es que desempeñó efectivamente dichas funciones por designación del entonces presidente Alberto Fujimori. Esta situación habría revelado que su designación tuvo un carácter material, lo que permitiría, de acuerdo a estos autores, considerarlo como un funcionario público de facto.

Ahora, dentro del desarrollo de nuestra jurisprudencia, se han dictado diversos pronunciamientos que han contribuido significativamente a esclarecer y delimitar el concepto de funcionario público de facto, permitiendo una mejor comprensión de sus características, alcances y consecuencias jurídicas en el ámbito del Derecho Penal.

La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N.º 442-2017/Ica, definió tres criterios necesarios para identificar en qué casos una persona debe ser reconocida como funcionario público de facto: existencia legal del cargo, posesión del cargo y apariencia de legitimidad del título o nombramiento.

En coherencia con lo dicho, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N.º 3526-2023/Nacional, arribó a la conclusión que la ex primera dama Nadine Heredia durante la gestión presidencial de su esposo, el expresidente Ollanta Humala Tasso, era una funcionaria pública de facto, para lo cual estableció los mismos presupuestos esenciales para que se determine la presencia dicha figura, añadiendo un requisito adicional, de conformidad a la jurisprudencia colombiana [Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de 18 de mayo de 2018. 85001-23-31-000-2012-00014-01]: el cargo se ejerza con permiso o anuencia.

Entonces, aunque la figura de la primera dama no esté formalmente incorporada, desde el punto de vista administrativo, a la carrera pública, al régimen del servicio civil, a un cargo de confianza o de elección popular, ni exista ningún tipo de relación laboral con la administración del Estado, ello no es impedimento para que se le pueda atribuir responsabilidad penal por haber cometido un delito en contra de la administración pública, en caso haya asumido de facto funciones públicas y reciba el reconocimiento por ocupar tal cargo público (Chanján 2020).

En consecuencia, en el transcurso de los años, la jurisprudencia peruana ha adoptado una postura favorable hacia una interpretación más amplia del concepto de funcionario público de facto. Esta posición reconoce que una persona puede ser considerada como tal, incluso si no cuenta con un título formal que lo acredite oficialmente como funcionario. Lo fundamental, según esta línea jurisprudencial, es que el individuo haya accedido a funciones públicas de manera efectiva y cumpla con ciertos criterios objetivos previamente establecidos por la propia jurisprudencia. Esta visión permite abordar con mayor precisión situaciones en las que, pese a la falta de formalidades, se produce un ejercicio real del poder público.

Después de haber expuesto este marco contextual detallado, es posible abordar la conclusión que, en cierta forma, ya se había dejado entrever. La decisión adoptada por el Tribunal Constitucional al considerar a Vladimiro Montesinos como funcionario público de facto en relación con la comisión del delito de peculado no implicó una vulneración del principio de legalidad.

Si bien es cierto, cierta perspectiva doctrinal nacional, discrepa la decisión del Tribunal Constitucional de haber reconocido a Vladimiro Montesinos como funcionario público de facto, ya que, se sostiene que el juez, a través de la interpretación, no puede construir un supuesto no previsto en el texto legal penal, en consecuencia, debió aplicarse una interpretación restrictiva del tipo penal, en lugar de una extensiva que pudiera afectar al procesado (Hugo y Huarcaya 2018: 223-224).

No obstante, como se ha esbozado previamente, la figura del funcionario público de facto ya contaba, tanto a nivel nacional como internacional, con reconocimiento doctrinal como posible sujeto activo del delito de peculado. Siendo así, para comprender la voluntad norma legal no basta con la lectura literal del dispositivo legal. Las leyes no son nuestras únicas fuentes de derecho, también tiene esa calidad la doctrina. Según lo expuesto por Marcial Rubio, la doctrina —entendida como el cuerpo de estudios elaborados por juristas que se dedican a analizar, estructurar, interpretar y cuestionar el ordenamiento jurídico— cumple un papel fundamental como herramienta de organización y clarificación del sistema normativo, pues su labor interpretativa permite dotar de contenido técnico a numerosos conceptos, que puede traducirse en la formulación concreta de normas (2009: 196-201).

En concordancia con ello, un juez puede realizar una interpretación teleológica de una norma penal para comprender y aplicar su propósito o fin (*ratio legis*), más allá del simple significado literal del texto, con el fin de dar sentido y alcance a la norma en el caso concreto, este método busca la voluntad del legislador y el bien jurídico tutelado por la norma (Hurtado Pozo 2021: 216-219).

Sumado a todo ello, se debe de considerar que conforme al fundamento jurídico 6 del Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, el bien jurídico del delito de peculado se diversifica en dos dimensiones: en primer lugar, preservar la integridad del patrimonio estatal frente a posibles afectaciones; y, en segundo lugar, impedir

que los funcionarios o servidores públicos realicen un uso indebido del poder que se les ha sido conferido, vulnerando así los principios de honestidad, fidelidad y cumplimiento del deber que rige su función.

En consecuencia, no resulta adecuado afirmar que la consideración de Vladimiro Montesinos como funcionario público de facto haya implicado una vulneración al principio de legalidad en materia penal. Ello, en la medida en que, desde una interpretación teleológica razonable del delito de peculado, no se configura una transgresión al acudir a la doctrina como herramienta para delimitar el alcance de la autoría en dicho ilícito, especialmente si se tiene en cuenta que el propósito fundamental era proteger el bien jurídico que tutela, que es la protección efectiva del patrimonio y gestión de la administración pública, así como, reprimir que sujetos que ejerzan funciones públicas, así sea únicamente de manera fáctica, puedan trasgredir deberes funcionariales.

Sumado a ello, luego de emitida la sentencia objeto de análisis, una corriente doctrinal respaldó la consideración de Vladimiro Montesinos como funcionario público de facto, esclareciendo que su condición no derivaba de un título formal, sino de la designación conferida por el entonces presidente Alberto Fujimori, quien le asignó el cargo de Jefe del SIN. Esta perspectiva ha sido aclarada y fundamentada por diversos autores que resaltan la naturaleza material de su designación.

Además, en materia jurisprudencial, se han establecido criterios claros para identificar cuándo un individuo puede ser considerado funcionario público de facto, destacándose que, según lo dispuesto por la jurisprudencia, no es requisito indispensable la existencia de un título formal, ya sea válido o inválido. En consecuencia, tras los acontecimientos en cuestión, la jurisprudencia ha ratificado la decisión de reconocer a Vladimiro Montesinos como funcionario público de facto, consolidando así este criterio.

Así las cosas, los parámetros establecidos por la Casación N.º 3526-2023/Nacional para identificar la existencia de un funcionario público de facto habrían sido completamente satisfechos por Vladimiro Montesinos, tal como se detalla a continuación:

- a) Existencia legal del cargo: Es un hecho cierto que, Vladimiro Montesinos, por delegación del ex presidente Fujimori, ocupó el cargo de Jefe del SIN, que le permitió intervenir en la gestión del presupuesto de la referida entidad (Rivera 2009: 9).
- b) Posesión del cargo: Desempeñó dicho cargo de manera constante, actuando bajo la convicción de que contaba con la autorización del presidente para ejercerlo.
- c) Apariencia de legitimidad del título o nombramiento: Se reconoció en la práctica la validez del puesto que desempeñaba Vladimiro Montesinos, quien incluso tuvo la capacidad de disponer de los recursos públicos del SIN.
- d) El cargo se ejerza con permiso o anuencia: Aprobación por parte de las autoridades responsables, quienes autorizaron o toleraron el ejercicio de esa función.

En ese entender, se está de acuerdo con incluir a la figura del funcionario público de facto en el delito de peculado para asegurar que quienes ejercen funciones públicas de hecho, es decir, sin un título legal, pero con la apariencia y el reconocimiento de autoridad, queden sometidos a la ley penal, evitando que la falta de formalidades, que más bien son exigibles en el ámbito administrativo, impida la sanción de actos ilícitos. Esta inclusión responde a la necesidad de proteger el correcto funcionamiento de la administración pública y una correcta gestión del patrimonio público.

En resumidas cuentas, si bien Vladimiro Montesinos ostentaba formalmente el cargo de Asesor II del Gabinete de Asesores de la Alta Dirección del SIN, debe reconocerse que, por expresa designación del entonces presidente Alberto Fujimori, ejercía de facto la jefatura de dicha institución. En ese sentido, atribuirle la condición de funcionario de facto no vulneró el principio de legalidad, en tanto su actuación se sustentó en una designación política directa, reconocida y respaldada por el referido ex presidente y otras autoridades.

Se entiende que, esta conclusión se alcanzó a partir de una interpretación teleológica de la autoría que abarca el tipo penal de peculado, considerando la naturaleza del bien jurídico tutelado por este delito. Esta perspectiva permitió dejar de lado ciertas formalidades más bien propias del derecho administrativo. Es más, esta postura fue respaldada tanto por un sector relevante de la doctrina como por la jurisprudencia pertinente, la cual avaló la validez del alcance de esta figura en contextos similares.

## 6.2. PROBLEMAS SECUNDARIOS

### 6.2.1. ¿Luis Guillermo Bedoya de Vivanco participó como cómplice en la consumación del delito de peculado, considerando que recibió fondos públicos de Vladimiro Montesinos?

En el caso del Expediente N.º 02758-2004-HC/TC, un punto de controversia gira en torno a la posibilidad de calificar como cómplice a Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, considerando que él argumenta en su recurso de hábeas corpus que su intervención presuntamente ocurrió cuando el delito de peculado previamente se habría consumado, por lo que, no se le debería haber atribuido responsabilidad penal por este ilícito penal.

Al respecto, se acota que complicidad penal, exige una colaboración dolosa en la ejecución del delito, sin ostentar la calidad de autor. Esta participación accesoria debe ocurrir dentro del desarrollo del *iter criminis*, es decir, durante la preparación o ejecución del hecho punible, pero nunca con posterioridad a su consumación. Así, para configurar la complicidad es imprescindible que la conducta del partícipe esté inserta en la secuencia delictiva, contribuyendo de manera efectiva a su comisión.

Cuando en la conducta prohibida concurren la totalidad de los elementos típicos (objetivos y subjetivos) contemplados en el texto legal se considera que el delito ha quedado consumado. En términos más simples, es el momento en que se completa la conducta delictiva y se alcanza el resultado que la ley penal castiga. En el derecho jurídico penal es fundamental tener claro cuál es el momento de la consumación, a fin de determinar que se pueda atribuir a un individuo la aplicación de una sanción penal. Por ende, corresponde determinar cuándo se considera completo desde una perspectiva legal el delito de peculado.

Las formas en que el servidor o funcionario público puede cometer el delito de peculado con intención dolosa están determinadas por los verbos rectores establecidos en el tipo penal, que escriben las acciones específicas que constituyen la conducta delictiva. En tal sentido, en el primer párrafo del artículo 387º del Código Penal, se establece dos comportamientos típicos para configurar el delito de peculado: apropiar y utilizar. En el presente caso materia de pronunciamiento, se le atribuyó a Luis Guillermo Bedoya De Vivanco responsabilidad penal como cómplice por haber participado en el periodo de consumación del peculado por apropiación. Por tal motivo, corresponde determinar la concepción de esta modalidad delictiva.

En ese entender, en relación a la modalidad típica de peculado por apropiación, Rojas Vargas definió apropiar como el acto de hacer suyo los caudales o los efectos del Estado, apartándolos de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en una situación de poder disponer de los mismos (1999: 253-254). Entonces, la apropiación supondrá que el agente actúe sobre los fondos públicos, que se le fueron confiados por razón de su cargo como si fueran de su propiedad, apartándolos de la Administración Pública.

En este mismo sentido, Abanto Vásquez precisa que la conducta del funcionario peculador se constituye en una apropiación *sui generis*, toda vez que él no sustrae los recursos públicos, ya que estos se encuentran bajo su control debido al cargo que ocupa, lo que hace es dejar de administrarlos conforme a los fines públicos para los que estaban destinados, y, en cambio, los maneja como si fueran parte de su propio patrimonio, comportándose como si fuera el dueño de esos fondos públicos (2005: 342).

Por lo tanto, el delito de peculado por apropiación se concreta cuando el bien público es apartado del control y dominio del aparato estatal. Ello porque, esta acción afecta directamente al Estado, porque rompe el vínculo que mantiene con dichos bienes (Abanto Vásquez 2003: 355). Esta circunstancia permite concluir que se trata de un delito de consumación instantánea, sin que resulte necesaria la obtención de un beneficio económico, por ende, la devolución de los fondos no impide la consumación del ilícito penal (Martínez 2022: 311-312).

Aunado a ello, figura básica del delito de peculado incluye la expresión “en cualquier forma”, lo que permite una interpretación amplia respecto a las diversas maneras en que el agente puede hacerse con los bienes o recursos del Estado (Hugo y Huarcaya 2018: 245-246). En este orden, Salinas Siccha ha precisado que la apropiación puede manifestarse tanto a través de acciones materiales que integran los bienes o fondos públicos al patrimonio del autor, aumentando su riqueza personal, como mediante actos de disposición directa, tales como vender, alquilar, prestar, usar con ánimo de propietario, entregar a terceros o donar (2011: 300).

Cabe precisar que, según el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, no se requiere que el funcionario o servidor público tenga el control físico directo de los bienes del Estado. Basta con que cuente con una disponibilidad jurídica que le otorgue una competencia funcional, la cual, debe ser de carácter específico. Por lo tanto, de lo anterior se infiere que también es posible que el agente tenga, en efecto, una tenencia material directa de los recursos estatales.

En consecuencia, el delito de peculado se configura en el momento en que el funcionario o servidor público consigue separar los caudales del Estado del ámbito de control de la Administración Pública, constituyendo así un ilícito penal de consumación instantánea. Para ello, el agente puede recurrir a diversas acciones, como la entrega de los fondos públicos a un tercero, siendo en ese acto donde se concreta la consumación del delito.

Continuando con este análisis, se desprende de la fórmula legal “para sí o para otro” contenido en la propia disposición penal, que los bienes o recursos del Estado pueden ser desviados tanto en provecho del propio autor del hecho, es decir, del funcionario o servidor público o *intraneus*, como en beneficio de una tercera persona, sea un particular o *extraneus*. En otras palabras, quien comete el delito no solo puede apropiarse de los fondos públicos con fines personales, sino también destinarlos a favorecer a un tercero.

A partir de lo mencionado, como señala el autor Rojas Vargas en el escenario en el que el agente intervenga para beneficiar a un tercero, ello puede requerir de una tenencia temporal o tránsito de los fondos públicos hacia una posesión definitiva por parte del tercero, quien puede ser una persona jurídica, un individuo del ámbito privado o incluso otro integrante del aparato estatal, sea funcionario o servidor público (2007: 494). En relación con este aspecto, debe destacarse que el propósito final del bien apropiado carece de relevancia jurídica para la configuración del delito de peculado, ya sea que el beneficio recaiga en el propio funcionario o servidor público, o en un tercero, ello no incide en la consumación del ilícito, lo determinante es que el bien o recurso público sea apartado del ámbito de control y administración del Estado (Martínez 2021: 129).

Desde esta perspectiva, Vladimiro Montesinos no es que previamente a los hechos despojó a la Administración Pública de fondos públicos, siendo que, él ya tenía la tenencia material de los mismos, a razón del cargo público que ocupaba – de manera fáctica-, por lo que, la entrega de la suma de dinero a Bedoya de Vivanco, implicó que estos quedaran fuera del ámbito de dominio del Estado, apartándolos al propósito público para el cual habían sido asignados, configurándose de tal forma el delito de peculado.

Cabe precisar que, la razón por la que Vladimiro Montesinos entregó fondos públicos -US\$ 25,000.00 (veinticinco dólares americanos) – a Bedoya de Vivanco, fue a fin de favorecerlo en su campaña política para la Alcaldía de la Municipalidad de Miraflores. En efecto, conforme se ha explicado, la fase de consumación del delito de peculado ocurrió cuando se hizo entrega de esta suma de dinero, y, a su vez,

ocurrió la materialización del provecho económico, pues se trasladó los fondos públicos al tercero que era el beneficiado, aunque conforme se detalló, no era exigible acreditar el provecho en favor del tercero para la materialización del delito.

En esta lógica, la conducta de Bedoya de Vivanco se enmarca dentro del momento consumativo del delito de peculado, al haber participado en la apropiación de dinero público, debido a que, recibió dicho dinero a pesar de tener pleno conocimiento del origen público de estos fondos. Esta conexión es suficiente para establecer la calificación a Bedoya de Vivanco como cómplice del delito de peculado sin que se haya vulnerado los límites de la legalidad. Entonces, la conducta de Bedoya de Vivanco, no fue ajena ni posterior al hecho principal, sino parte integral de su consumación. Esta posición evita la fragmentación del hecho delictivo y garantiza una persecución penal coherente con los fines de protección del patrimonio estatal. De esta forma, se desvirtúa la tesis que califica su intervención como un acto *post delictum*.

Sumado a ello, la intervención de Bedoya de Vivanco en la ejecución del delito de peculado llevó a que, conforme a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia, se le atribuyera responsabilidad en calidad de cómplice del mismo ilícito penal. Tanto la conducta del autor como la de los cómplices deben ser calificadas dentro del mismo tipo penal, es decir, bajo la misma denominación jurídica, sostener que la conducta del cómplice debe ser subsumida en un tipo penal distinto generaría un problema de adecuación típica, ya que se estaría alterando indebidamente el fundamento de la imputación penal y una vulneración del principio de accesividad ilimitada, conforme ha sido precisado por la jurisprudencia en el Recurso de Nulidad N.º 3202-2000, de fecha 14 de enero de 2003.

En conclusión, la atribución del título de cómplice a Luis Guillermo Bedoya de Vivanco por haber recibido fondos públicos de Vladimiro Montesinos, es coherente con el *iter criminis* del delito de peculado, y se sustentó en criterios funcionales legítimos que priorizan la eficacia del derecho penal sin quebrantar las garantías constitucionales. Esta decisión constituyó un precedente que refuerza el deber del Estado de sancionar las conductas lesivas al erario público, sin permitir impunidad por alegatos que buscaban fragmentar del acto delictivo.

### **6.2.2 ¿Se trasgredió el principio de igualdad en pena impuesta a Luis Guillermo Bedoya de Vivanco en comparación a la pena dictada contra Tomás Gonzales Reátegui?**

El voto singular del magistrado Juan Bardelli Lartirigoyen en la STC Expediente N.º 02758-2004-HC/TC planteó una objeción al considerar que la pena impuesta a Luis Guillermo Bedoya de Vivanco (cinco años) resultaba más severa que la aplicada a Tomás Gonzales Reátegui (tres años). Esta diferencia en la dosificación punitiva, a juicio del magistrado, vulneraría el principio de igualdad ante la ley, debido a que, ambos coincidían en poseer una formación profesional y trayectoria en la vida política. En vista de ello, corresponde realizar un análisis dogmático en torno al principio de igualdad y a la determinación judicial de la pena.

#### **• Principio de igualdad**

El principio de igualdad como derecho fundamental se encuentra establecido en los artículos 1º y 7º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, los cuales afirman que todas las personas nacen con igual dignidad y derechos, y que deben recibir una misma protección por parte de la ley, sin ser objeto de discriminación. Del mismo modo, los artículos 1º y 24º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos imponen a los Estados la responsabilidad de asegurar el respeto y el goce efectivo de los derechos humanos sin discriminación, garantizando la igualdad ante la ley y el acceso equitativo a su protección.

Por su parte, en la Constitución Política del Perú en el inciso 2 de su artículo 2 principalmente se encuentra plasmado el principio de igualdad, que reconoce que toda persona tiene el derecho a ser

tratada con igualdad ante la ley, sin sufrir ningún tipo de discriminación basada en su origen, raza, sexo, idioma, religión, opiniones o condición económica, entre otros factores.

Para comprender el significado y la extensión del derecho a la igualdad ante la ley, es indispensable considerar dos elementos esenciales. En primer lugar, la igualdad en la ley, que establece un marco constitucional que restringe el poder normativo del legislador, ya que, como regla general, este no puede promulgar normas cuyo contenido infrinja el principio de trato igualitario al que todas las personas tienen derecho; en segundo lugar, se encuentra la igualdad en la aplicación de la ley, que implica una obligación para los órganos jurisdiccionales, de no aplicar la ley de manera diferenciada a personas que se encuentren en circunstancias sustancialmente iguales (Eguiguren 1997: 64).

En tal sentido, la legitimidad de prohibir conductas que resultan disfuncionales para la sociedad, así como de imponer penas, se fundamenta en el principio de igualdad; así como aceptamos que se limiten las libertades de otras personas para resguardar la nuestra, y consideramos legítimo castigar a quienes obstaculizan su ejercicio, también debemos aceptar que nuestra propia libertad pueda ser restringida cuando sea necesario para garantizar los derechos de los demás, asumiendo las consecuencias legales si incumplimos con esa responsabilidad (Meini 2014: 27).

Sin perjuicio a todo ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su interpretación vinculante, ha determinado que no se considera discriminación cuando existe una diferenciación en el trato, siempre que esté fundamentada en criterios justificados, razonables y objetivos, y responda a desigualdades reales y comprobables (Opinión Consultiva-4/84 del 19 de enero de 1984, párrafo 56 y 57). Conforme señala Eguiguren, no toda forma de trato diferenciado constituye por sí sola una vulneración al principio de igualdad, para que ello ocurra es necesario que las distinciones o exclusiones carezcan de una justificación razonable o no respeten el principio de igualdad, lo cual las torna, por ende, en medidas arbitrarias (1997: 69).

Según Bernal Pulido, el principio de igualdad exige al Estado garantizar que tanto los beneficios como las cargas sociales se distribuyan de manera justa entre todas las personas; para lograrlo, se traduce en cuatro directrices específicas: (1) tratar de manera igual a quienes se encuentran en situaciones iguales; (2) aplicar un trato completamente distinto a quienes se hallan en condiciones totalmente diferentes; (3) brindar un trato paritario a quienes presentan similitudes y diferencias, siempre que las semejanzas sean más significativas que las diferencias; y (4) aplicar un trato diferenciado a quienes también comparten aspectos comunes y distintos, pero donde las diferencias tienen mayor peso que las similitudes (2003: 51).

Por ende, el principio de igualdad no exige, en todos los casos, un trato uniforme sin considerar posibles diferencias que sean jurídicamente relevantes, ya que no toda forma de desigualdad representa, por sí sola, una infracción a dicho principio. De hecho, se desprende del propio concepto de igualdad que es necesario establecer un trato diferenciado cuando las situaciones no son equivalentes. Solo cuando esa diferencia en el tratamiento jurídico-penal de los individuos sometidos a un proceso —incluyendo el ámbito de la penología— carece de justificación razonable, resulta arbitraria o carente de lógica, podría considerarse una vulneración al principio de igualdad.

#### • **Determinación judicial de la pena**

La determinación judicial de la pena por parte del órgano jurisdiccional constituye el procedimiento mediante el cual se individualiza y precisa la sanción penal que será finalmente impuesta al condenado en la sentencia. Tal como lo señala García Caveró, el procedimiento de individualización de la pena está regido por el principio de proporcionalidad, el cual se materializa a través de diversos parámetros definidos en el Código Penal, los cuales deben ser considerados con especial atención por el juez al momento de determinar la sanción correspondiente (citado por Prado Saldarriaga 2009: 230).

El principio de proporcionalidad en la imposición de las penas, se encuentra consagrado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal. Exige que exista una correspondencia adecuada entre la gravedad del delito y la intensidad de la sanción; esto debe observarse tanto en la etapa legislativa, donde se requiere que la pena asignada guarde coherencia con la gravedad del acto, como en la etapa judicial, en la que la sanción impuesta debe ser acorde con la gravedad del hecho concreto cometido (Yenissey Rojas 2015: 93).

De manera enunciativa, algunos de los criterios que los jueces pueden considerar para mantener la proporcionalidad entre el delito cometido y la pena impuesta son: importancia del bien afectado, la magnitud del daño causado, el impacto social de la acción, el modo en que se cometió, el grado de desarrollo y ejecución del hecho, la participación de distintas personas, y factores personales del autor como su edad, estado mental o habitualidad, sin olvidar el papel de la víctima y las acciones posteriores al hecho (Acuerdos Plenarios IV Pleno Jurisdiccional Penal Nacional Chichayo 2000).

Del mismo modo, la determinación de la pena debe efectuarse de forma individualizada, conforme a lo dispuesto en los artículos 45° y 46° del Código Penal. En este contexto, las penas previstas en el cuerpo normativo sustantivo actúan como referentes generales de punición, los cuales deben ser concretados por el juez penal atendiendo a las particularidades del caso y tomando en cuenta los diversos criterios orientadores que la ley establece.

Por lo tanto, al momento de determinar la sanción penal, el juez penal tiene la obligación de considerar una serie de factores que debe tener en cuenta para llevar a cabo la individualización de la pena, es decir para determinar, dentro del marco legal, la pena concreta que debe imponerse al responsable de un determinado delito.

Entre estos, está el aplicar los artículos 45° y 46° del Código Penal, así como, resultan especialmente relevantes aspectos como el grado de responsabilidad que se le pueda atribuir conforme al tipo de participación que ha tenido el sujeto en la comisión del delito, así como, su edad, nivel educativo, situación económica y el entorno social en el que se desenvolvía. Estos elementos no solo permitían evaluar con mayor precisión el grado de responsabilidad del autor, sino también establecer una pena proporcional de acuerdo a su participación en el hecho delictivo cometido y a sus condiciones individuales, en concordancia con los principios de justicia y equidad que rigen el Derecho Penal.

A efectos de poder brindar una respuesta a la interrogante propuesta, conviene recordar que, la pena impuesta a Bedoya de Vivanco en calidad de cómplice se fundamentó en factores como su formación profesional, su trayectoria política y las circunstancias al hecho delictivo, argumentándose que estos elementos implicarían un grado superior de desaprobación frente a cualquier ciudadano ordinario; mientras, la pena impuesta a Gonzales Reátegui en calidad de cómplice se basó en su labor como intermediario entre los acusados Vladimiro Montesinos y Bedoya de Vivanco, así como, también podían aplicársele las consideraciones formuladas respecto al procesado previamente mencionado.

Siendo ello así, se acota que la responsabilidad de penal de Bedoya de Vivanco fue en mérito de haber recibido de Vladimiro Montesinos \$ 25,000.00 (veinticinco mil dólares americanos) para su campaña política para la Alcaldía de la Municipalidad de Miraflores, momento en que se consumió el delito de peculado, con el objetivo de evitar que sean elegidos para ese cargo opositores políticos al gobierno de ese entonces, a fin de viabilizar con ello la reelección del ex presidente Alberto Fujimori. Por su parte, se fundamentó que la responsabilidad de penal de Gonzales Reátegui recayó en haber establecido el contacto previo entre Vladimiro Montesinos y Bedoya de Vivanco, concurriendo a las y cuyo objeto conoció.

Asimismo, debe tenerse en consideración que, Bedoya De Vivanco era un abogado y, previamente a los hechos que se le imputaban, ostentaba de una carrera política, por haber sido alcalde de la Municipalidad de Miraflores, senador y congresista constituyente. Mientras, Gonzales Reátegui era un ingeniero y también tenía una trayectoria en el escenario político peruano anteriormente a los hechos, toda vez que había sido

senador por la región San Martín e incluso había sido nombrado por el ex presidente Alberto Fujimori como ministro de la Presidencia del Perú.

Sobre lo expuesto, no se establece a priori un trato desigual ante circunstancias idénticas, por cuanto se trata de dos supuestos con elementos diferentes en la participación que tuvieron Bedoya de Vivanco y Gonzales Reategui en el delito de peculado, en tal sentido no cabría invocar una afectación de igualdad ante la ley, es decir, se debe aplicar la ley por igual a todos los que se encuentren en la misma situación, aunque ello no se presenta esta situación.

El factor diferenciador para que a Bedoya de Vivanco se le haya aplicado una pena cuantitativamente mayor radica en que su conducta resultó determinante en la comisión del delito de peculado, ya que estuvo directamente involucrado en la ejecución del acto ilícito. Su recepción de fondos públicos destinados a su campaña política constituyó una clara trasgresión a la administración pública, que implicó un uso indebido de recursos que afectó transparencia en la gestión estatal y a su patrimonio. Resulta innegable la importancia que tuvo la participación de Gonzáles Reátegui en los hechos cometidos, sin embargo, conforme se explicó, se puede entender que la conducta de Bedoya de Vivanco implicó un mayor reproche penal, lo cual justificó una pena más severa.

Que, en el presente caso el magistrado Juan Bardelli Lartirigoyen pretendió que se haya otorgado la misma pena tanto a Bedoya de Vivanco como a Gonzales Reategui, entendiendo que ambos compartían en tener una formación profesional y trayectoria en el campo de la política peruana, empero, no considero lo crucial que fue la participación de Bedoya de Vivanco en la comisión del delito de peculado, el cual justamente se consumió cuando él recibió los fondos públicos, además, de las consecuencias que generaba ese actuar, lo cual tuvo que impactar en la determinación de su pena.

En virtud de lo anterior, no se observa que se haya vulnerado el principio de igualdad al aplicarse una pena más severa a Bedoya de Vivanco en comparación con Gonzáles Reátegui, puesto que el órgano jurisdiccional evaluó no solo las circunstancias personales que ambos imputados compartían, sino también la mayor trascendencia y gravedad de la conducta ilícita cometida por Bedoya de Vivanco en la comisión del delito de peculado, lo cual justificó la imposición de una sanción más severa.

### **6.2.3 ¿Luis Guillermo Bedoya de Vivanco ostentaba la calidad de funcionario o servidor público para efectos penales, en su condición de candidato a la alcaldía de la Municipalidad de Miraflores?**

En el marco penal peruano, la concepción de funcionario o servidor público es esencial a efectos de poder determinar quiénes pueden ser responsables por la comisión de delitos que implican el ejercicio indebido de funciones públicas. En tal sentido, la definición de esta figura es crucial para poder juzgar la comisión de varios delitos contemplados en el legislador, no exclusivamente el delito de peculado.

El artículo 425° del Código Penal delimita quiénes deben ser considerados funcionarios o servidores públicos, detallando un conjunto de personas que, por sus funciones, cargos o vínculos con la administración del Estado, adquieren esa calidad legal. Por lo tanto, la calificación de funcionario o servidor público no surge de una definición conceptual, sino del reconocimiento expreso de ciertas funciones o posiciones descritas en la norma penal.

En relación con el artículo previamente mencionado, se advierte que, al momento de los hechos, este contemplaba únicamente seis supuestos. En ese contexto, considerando la situación específica de Bedoya de Vivanco, de los supuestos que estaban contemplados en la norma, resulta relevante el previsto en el numeral 2, que aún se encuentra vigente, referido a que aquellas personas que ejercen cargos políticos o de confianza, incluso cuando dichos cargos tienen origen en la elección popular, podrán ser consideradas como

funcionarios o servidores públicos para el Derecho Penal. De conformidad a este supuesto, únicamente será funcionario o servidor público la autoridad elegida por votación popular que este ejerciendo funciones.

Posteriormente, este artículo fue modificado por el artículo único de la Ley N° 30124, publicado el 13 diciembre de 2013 en el Diario Oficial “El Peruano”, a través del cual se incluyó un numeral adicional. A partir de esta modificación, el numeral 6 comenzó a contemplar como funcionarios o servidores públicos a los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

Conforme señala Pariona Arana, con esta modificación, resulta suficiente que el sujeto haya sido elegido, mientras la elección haya sido validada de manera oficial por la entidad constitucional responsable de oficializar los resultados electorales, como podría ser la ONPE, en mérito a que el sujeto electo se encontraría en una situación en la podría eventualmente afectar el bien jurídico protegido, pues, desde ese momento, su rol ya podría incidir en el correcto desarrollo de la función pública (2024: 305).

Tal como se ha expuesto, el ordenamiento jurídico penal peruano no contiene una definición precisa y general del término funcionario o servidor público. En lugar de establecer un concepto normativo único, el legislador ha optado por identificar a quienes ostentan dicha condición mediante una enumeración.

Ante este escenario, para obtener una conceptualización sobre esta figura se puede recurrir al marco internacional, de donde se puede extraer una definición. La Convención Interamericana Contra la Corrupción (en adelante CICC), que es un tratado internacional adoptado por la Organización de los Estados Americanos ( en adelante OEA), cuyo objetivo principal es promover y fortalecer la lucha contra la corrupción en los países miembros de la OEA, la cual fue aprobada en el Perú con Resolución Legislativa N° 26757 del 24 de marzo de 1996, y ratificada por Decreto Supremo N° 012-97-RE, del 21 de marzo de 1997, en su artículo I recogió una definición de lo que se debía entender como función pública y funcionario o servidor público, de la siguiente manera:

*“Artículo I*

*Definiciones Para los fines de la presente Convención, se entiende por:*

*"Función pública", toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.*

*"Funcionario público", "Oficial Gubernamental" o "Servidor público", cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”.*

Conforme a la norma antes citada, se muestra que la CICC estableció una noción sumamente inclusiva de funcionario o servidor público. De acuerdo a su concepción establecida, para identificar si una persona califica como funcionario o servidor público dentro del marco del derecho penal, es necesario considerar ciertos criterios: en primer lugar, la denominación oficial del puesto no condiciona su reconocimiento como funcionario o servidor público penalmente; en segundo lugar, pueden ser incorporado a la administración pública a través de una selección, designación y/o elección; en tercer lugar, es intrascendente la posición jerárquica que ocupe; y, en cuarto lugar, carece de importancia si el rol desempeñado es con o sin compensación económica (Montoya 2015: 42).

Se comprende que la finalidad de la definición amplia establecida por la CICC es garantizar que cualquier persona que desempeñe funciones públicas quede comprendida dentro del ámbito de aplicación de dicha convención, especialmente en lo relativo a la prevención, investigación y sanción de hechos de corrupción. En ese sentido, el concepto de funcionario o servidor público previsto en la CICC resulta ser más amplio y severo en comparación con el enfoque es más restrictivo adoptado por el legislador nacional a través de un listado específico.

Asimismo, es pertinente destacar que la CICC establece como requisito mínimo que el sujeto haya sido elegido mediante sufragio popular para acceder al cargo correspondiente. Esto implica que, desde el momento en que una persona resulta formalmente electa, adquiere una posición desde la cual podría eventualmente comprometer o poner en riesgo el bien jurídico tutelado. En tal sentido, es en esta etapa inicial del mandato, aun antes de asumir formalmente el cargo, donde se configura una potencial capacidad de incidir en la gestión pública, lo que justifica el especial escrutinio sobre su conducta y responsabilidades.

Conforme expone Montoya, la condición de funcionario público según el enfoque penal no se trata únicamente del ejercicio activo del rol público, sino de tener la posibilidad tangible de hacerlo, ya que desde ese momento el sujeto se encuentra en posición de comprometer el bien jurídico que el ilícito penal busca proteger, toda vez que, el ingreso de un individuo al sistema institucional del Estado implica que la eficiencia y legalidad girará en torno, en gran medida, a sus decisiones y acciones (2015: 44).

Entonces, en caso de haberse comprobado actos de corrupción desplegados por un futuro funcionario o servidor público, por ejemplo, por un individuo que haya sido elegido mediante un proceso de votación, aunque aún no haya asumido su cargo, su actuar podría haber sido susceptible de poder recibir una sanción punitiva de conformidad a la CICC. Aunque, también ello implicaba que, en el supuesto que aún no haya sido elegido no se le podría haber atribuido tal condición.

Ahora, podría generarse incertidumbre respecto a si la CICC resultaba aplicable al presente caso en cuestión. En relación con esto, conviene mencionar el artículo 55° de la Constitución Política del Perú, establece que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte integrante del ordenamiento jurídico nacional.

En ese sentido, conforme a lo establecido por la Constitución Política, la CICC al haber sido aprobada y ratificada por el Estado Peruano, forma parte del ordenamiento jurídico interno. Sostener una postura contraria podría conllevar a que el Perú no garantice la aplicación efectiva de los compromisos internacionales asumidos, lo cual afectaría la coherencia entre su marco legal y las obligaciones destinadas a proteger los derechos y deberes de las personas bajo su jurisdicción.

En esta misma línea de análisis, también se puede cuestionar si específicamente los conceptos de función pública y funcionario o servidor público, descritos en el artículo I de la CICC, eran aplicables en el derecho peruano. Para esclarecer ello, corresponde determinar si este dispositivo era una norma autoaplicativa, la cual es una que puede ser aplicada directamente por las autoridades judiciales o administrativas, sin requerir una regulación adicional para su implementación práctica, pues con su promulgación ya generaría efectos jurídicos (Sagués 1990: 8).

En atención a ello, se arriba a la convicción que el artículo I de la CICC era una norma autoaplicativa o de aplicación inmediata, rasgo que conserva en la actualidad, porque define los conceptos de función pública y funcionario o servidor público de manera clara y directa, generando efectos jurídicos sin necesidad de una implementación normativa adicional, así como, de no requerir recurrir a instancias judiciales o administrativas para su interpretación o implementación.

Con el propósito de dar respuesta a la cuestión planteada, es importante señalar que, al momento en que se cometió los hechos materia de imputación, con fecha 17 de junio de 1999, Bedoya de Vivanco solo ostentaba la condición de candidato a la alcaldía de la Municipalidad de Miraflores, ya que aún no se habían llevado a cabo las elecciones regionales y municipales correspondientes al periodo 1999-2001.

A pesar que años anteriores había sido alcalde de la Municipalidad de Miraflores e incluso congresista constituyente de la república, es más, justamente logró ser elegido como alcalde de las elecciones regionales y municipales celebradas para el periodo 1999-2001, ello no desvirtúa el hecho que al momento de acontecer el evento que se le imputó tenía simplemente la calidad de candidato. Los cargos públicos que

asumió con anterioridad ya los había culminado, así como, su elección como alcalde fue con posterioridad de acontecido los hechos.

En consecuencia, no resultaba jurídicamente viable atribuirle a Bedoya de Vivanco la condición de funcionario o servidor público para efectos penales al momento en que ocurrieron los hechos, debido a que solamente tenía la condición de candidato para el cargo de alcalde de la Municipalidad de Miraflores, cuya situación no estaba incluida dentro de ninguno de los casos previstos en el artículo 425° del Código Penal, ni tampoco se ajustaba a la definición más amplia de funcionario o servidor público establecida por la CICC, la cual requiere, como mínimo, que la persona haya sido elegida para ocupar dicho cargo, concepción que continúa vigente. Entendiéndose que solo a partir de ese momento existía la posibilidad real de incidir o generar algún tipo de afectación en el funcionamiento de la administración pública. Incluso, tras la reforma del artículo 425° del Código Penal, Bedoya de Vivanco en la actualidad aún no podría haber sido considerado funcionario o servidor público en calidad de mero candidato, ya que la norma ahora exige que la persona haya sido efectivamente elegida, criterio que también se mantiene conforme a lo dispuesto por la CICC.

## VII. CONCLUSIONES

1. La interpretación adoptada por la jurisdicción ordinaria, y posteriormente ratificada por el Tribunal Constitucional, respetó plenamente el principio de legalidad penal al atribuir a Vladimiro Montesinos la autoría del delito de peculado, en su calidad de funcionario público de facto. Por cuanto se constató que dicho razonamiento se sustentó en una interpretación teleológica respecto al sujeto activo del delito de peculado, que estuvo ajustada dentro del marco constitucional, al buscar garantizar una protección eficaz del bien jurídico tutelado. Dicha interpretación evita que la falta de formalidades sea utilizada como un mecanismo para eludir responsabilidades penales, fortaleciendo así la salvaguarda de los recursos públicos frente a conductas altamente perjudiciales para el patrimonio y la gestión estatal.
2. Con posterioridad a la emisión de la sentencia, la doctrina ha llevado a cabo un análisis más profundo y detallado sobre la figura del funcionario público de facto, aunque su concepción no ha sido completamente unánime. Por su parte, la jurisprudencia ha incorporado este precedente en decisiones posteriores, evitando que la falta de una formalidad excluya de manera automática a ciertos sujetos de la posibilidad de ser imputados penalmente, llegando incluso a establecer criterios claros para determinar cuándo se está ante un funcionario público de facto, entre los cuales se excluye la necesidad de contar con un título formal. En consecuencia, la resolución de la sentencia contó posteriormente con el respaldo tanto de un sector doctrinario como de la jurisprudencia.
3. Aunque Bedoya de Vivanco afirmó no haber participado en la comisión del delito de peculado por apropiación, un análisis riguroso y dogmático del tipo penal revela que el ilícito penal se consumó en el preciso momento en que recibió los fondos públicos por parte de Vladimiro Montesinos. En ese instante, el dinero dejó de estar bajo el control legítimo de la Administración Pública, lo que implicó una vulneración directa del patrimonio estatal protegido por la norma penal. Además, dado que la apropiación fue efectuada en beneficio de un tercero, que era Bedoya de Vivanco, se cumplió plenamente el agotamiento del delito.
4. No se advierte vulneración alguna al principio de igualdad al haberse impuesto a Bedoya de Vivanco una pena de cinco años y a Gonzales Reátegui una de tres años, ambos en calidad de cómplices del delito de peculado. Si bien ambos compartieron en tener una trayectoria profesional y política, la relevancia de sus respectivas participaciones en la comisión del ilícito penal de peculado no fue equiparable. En particular, la intervención de Bedoya de Vivanco resultó determinante, dado que fue quien recibió directamente los fondos públicos. Por ello, la

diferencia en la imposición de las penas se fundamenta en razones justificadas y proporcionadas, reflejando un trato diferenciado que se encuentra plenamente sustentado y razonable.

5. En virtud que, al momento de los hechos, Bedoya de Vivanco ostentaba únicamente la calidad de candidato para la Alcaldía de la Municipalidad de Miraflores, no podía ser considerado funcionario o servidor público para efectos del Derecho Penal. En primer lugar, su situación no se adecuaba en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 425° del Código Penal, norma que delimita expresamente los criterios para determinar quiénes ostentan dicha condición. En segundo lugar, tampoco era posible atribuirle tal calidad bajo el marco de la CICC, ya que, si bien esta convención adopta una noción más amplia del concepto de funcionario o servidor público, establece como requisito mínimo que el individuo haya sido elegido por sufragio popular. Es entonces cuando el sujeto tiene la posibilidad real de afectar la integridad y el correcto funcionamiento de la administración pública.



## BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel  
2003 Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano. Palestra Editores S.R.L. Segunda Edición.  
2005 Delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano. Palestra Editores. Lima.  
2023 Funcionario público de facto: ¿sujeto inidóneo? En Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la Administración pública. Tomo II. Instituto Pacífico.

Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, de fecha 30 de setiembre de 2005.

Acuerdos Plenarios IV Pleno Jurisdiccional Penal Nacional Chichayo 2000

- BERNAL PULIDO, Carlos  
2003 El Juicio de Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Letras Jurídicas. Volumen 8.

- BRAMONT ARIAS, Luis Alberto  
2005 Manual de derecho penal. Parte general. Eddili.

- CARO CORIA, Dino Carlos y Luis Miguel REYNA ALFARO  
2023 Derecho Penal: Parte General. Primera Edición. Escuela de Derecho LP S.A.C.

Casación N.º 442-2017/Ica, de fecha 11 de diciembre de 2019.

Casación N.º 3526-2023/Nacional, de fecha 07 de marzo de 2025.

Código Penal

- CHANJAN DOCUMET, Rafael  
2020 “Reflexiones en torno al funcionario de facto en el derecho penal: a propósito del caso de la ex primera dama Nadine Heredia”. En IDEHPUCP. Consulta: 27 de junio de 2025. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/boletin-eventos/reflexiones-en-torno-al-funcionario-de-facto-en-el-derecho-penal-a-proposito-del-caso-de-la-ex-primera-dama-nadine-heredia-21149/>

Constitución Política del Perú de 1993

Convención Americana sobre Derechos Humanos – Pacto de San José

Convención Interamericana Contra la Corrupción (CICC)

Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva - 4/84 del 19 de enero de 1984.

Declaración Universal de Derechos Humanos

- DE LA VALLINA VELARDE, Juan Luis  
1959 “Sobre el concepto de Funcionario de Hecho”. *Revista de Administración Pública*. Numero 29.

- EGUIGUREN PRAELI, Francisco  
1997 Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *IUS ET VERITAS*. Lima, Número 15, pp. 63–72.

- HUGO ÁLVAREZ, Jorge y Betty HUARCAYA RAMOS  
2018 Delitos contra la administración Pública – Análisis dogmático, tratamiento jurisprudencial y acuerdos plenarios. Gaceta Jurídica. Primera edición.

- HURTADO POZO, José  
2021 Derecho penal. Parte general: Fundamentos del sistema penal. Palestra Editores.

- MARTINEZ HUAMÁN, Raúl  
 2021 “Delito de Peculado - Análisis del artículo 387 del Código Penal”. *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Lima, Número 144, pp. 117 – 139.  
 2022 Delitos de Corrupción de Funcionarios - El delito de Peculado. Primera Edición. Editora Gaceta Jurídica.
- MEINI MENDEZ, Ivan  
 2014 Lecciones de Derecho Penal - Parte General. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- MIRÓ QUESADA GAYOSO, Josefina  
 2024 “El Principio de Legalidad y la Legitimidad del Poder Punitivo”. *THEMIS*. Lima, Número 86, pp 13 - 31.
- MONTOYA VIVANCO, Yvan; Rafael CHANJAN DOCUMET; Yvana NOVOA CURICH; Julio RODRÍGUEZ VÁSQUEZ; y, Fany QUISPE FARFÁN  
 2013 Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la Administración Pública. Primera edición. IDEHPUCP.
- MONTOYA VIVANCO, Yvan  
 2015 Manual sobre delitos contra la Administración Pública. Primera edición. IDEHPUCP.
- MORALES PRATS, Fermín y Óscar MORALES GARCÍA.  
 1999 Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal. Navarra: Aranzadi.
- MORENO NIEVES, Jefferson  
 2021 La defensa de Nadine Heredia - Aspectos Procesales. Derecho S.A.C. Primer edición.
- OLAIZOLA NOGALES, Inés  
 1999 El delito de cohecho. Tirant lo Blanch.
- PARIONA ARANA, Raúl Belealdo  
 2024 El concepto de funcionario público en el derecho penal. *REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL*. Lima, Volúmen 16, Número 22, pp. 293 - 317.
- PEÑA CABRERA, Raúl y Manuel FRISANCHO APARICIO  
 1999 Delitos contra la Administración Pública. Lima, FECAT.
- PEÑA CABRERA, Antonio  
 2016 Derecho Penal - Parte Especial. Tercera Edición. Tomo V. IDEMSA.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto  
 2009 “La Reforma Penal en el Perú y la determinación Judicial de la Pena”. *Derecho & Sociedad*. Lima, Número 32, pp. 228 – 242.
- RIVERA PAZ, Carlos  
 2009 La responsabilidad del jefe: 41 pruebas que condenan a Fujimori. Instituto de Defensa Legal.
- ROJAS VARGAS, Fidel  
 1999 Delitos Contra la Administración Pública. Primera Edición. Editora Jurídica GRIJLEY  
 2007 Delitos contra la Administración Pública. Cuarta edición. Lima: Grijley.  
 2021 Delitos contra la Administración pública. Gaceta Jurídica.
- RUBIO CORREA, Marcial  
 2009 El Sistema Jurídico - Introducción al Derecho. Décima Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro  
 1990 “El amparo contra leyes”. *Revista Derecho & Sociedad*. Lima, Número 3, pp. 6 - 10.

SALINAS SICCHA, Ramiro

2011 Delitos contra la Administración Pública. Segunda Edición. Lima: Grijley.

2019 Delitos contra la Administración Pública. Quinta Edición. Editorial Iustitia S.A.C.

SAYAGUÉS LASO, Enrique

1974 Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Cuarta Edición. Montevideo.

Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N.º 0010-2002-AI/TC, de fecha 03 de enero de 2003.

Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N.º 02758-2004-HC/TC, de fecha 23 de noviembre de 2004.

SOLER, Sebastián

1951 Derecho Penal Argentino. Tomo V. TEA. Buenos Aires.

Yenissey Rojas, Ivonne

2015 LA PROPORCIONALIDAD EN LAS PENAS. *Revista Pensamiento Penal*. Ciudad de México pp.85 – 99. Consulta: el 18 de julio de 2025.

<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/42462-proporcionalidad-penas>





EXP. N.º 2758-2004-HC/TC  
LIMA  
LUIS GUILLERMO BEDOYA DE VIVANCO

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de noviembre de 2004, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de pleno jurisdiccional, con asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Vicepresidente; Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia, con los votos singulares de los magistrados Bardelli Lartirigoyen y Revoredo Marsano

#### ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Luis Guillermo Bedoya de Vivanco contra la sentencia de la Segunda Sala Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 558, su fecha 4 de junio de 2004, que declara improcedente la acción de hábeas corpus de autos.

#### ANTECEDENTES

Con fecha 21 de abril de 2004, el recurrente interpone acción de hábeas corpus contra el Poder Judicial y los vocales integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, doctores Andrés Echevarría Adrianzén, José Alarcón Menéndez, Raúl Valdez Roca, César Javier Vega Vega, Miguel Ángel Saavedra Parra y Walter Vásquez Bejarano, quienes, confirmando, en parte, la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, le impusieron una condena de cinco años de pena privativa de la libertad, lo cual atenta contra el principio de legalidad penal, al no haberse configurado el delito por el que se le condenó.

Manifiesta que fue condenado por el delito de peculado en calidad de cómplice, habiéndose condenado, a título de autor, a Vladimiro Montesinos Torres por el hecho de haber dispuesto indebidamente a favor de terceros, en su calidad de asesor del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), de fondos destinados a gastos de operaciones de inteligencia y contrainteligencia. Alega que el tipo penal de peculado es, en cuanto al autor, un delito especial que solo puede ser cometido por funcionario público al que, por razón de su cargo, le han sido confiados, para su administración o custodia, caudales o efectos del Estado; pero que Vladimiro Montesinos Torres, quien fue condenado a título de autor, ocupaba, según el ROF del Servicio de Inteligencia Nacional, el cargo de Asesor II del gabinete de



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

22

asesores de la Alta Dirección del SIN, cargo que no comprendía la potestad de disposición o administración de fondos públicos. Además, afirma que la condena por el delito de peculado es incompatible con el delito de usurpación de funciones por el que fue condenado, por el hecho mismo de haber ejercido ilegítimamente las funciones del Jefe del SIN, y que al no haberse cometido el delito de peculado a título de autor, tampoco podrá imputarse el mismo a título de complicidad.

Aduce también que, según la configuración de la complicidad establecida en nuestro Código Penal, la misma solo podrá presentarse en la etapa de preparación o ejecución del delito, y no después de que este se haya consumado; agregando que el delito de peculado se consuma con la apropiación de los fondos públicos, por lo que la entrega de los caudales apropiados a un tercero se produce en un momento posterior a la consumación que no puede ser considerado dentro de la participación delictiva.

El Vigésimo Sexto Juzgado Penal de Lima, con fecha 22 de abril de 2004, declara improcedente la demanda, considerando que lo realmente pretendido por la parte demandante es cuestionar los criterios dogmáticos adoptados por la emplazada, lo cual no puede ser objeto de discusión en el proceso de hábeas corpus.

La recurrida confirma la apelada por el mismo fundamento.

### FUNDAMENTOS

1. El recurrente alega que se ha violado el principio de legalidad penal, por haber sido condenado por el delito de peculado a título de cómplice, sin que, a su juicio, se cumplan los presupuestos previstos para que se configure dicho delito.
2. El principio de legalidad penal ha sido consagrado en el artículo 2.º, inciso 24, literal "d", de la Constitución Política del Perú, según el cual "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley".

En la STC 0010-2002-AI/TC, este Tribunal sostuvo que el principio de legalidad exige que por ley se establezcan los delitos y que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas previamente por la ley. Como tal, garantiza la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley penal (*lex praevia*), la prohibición de la aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*), la prohibición de la analogía (*lex stricta*) y de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*).

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

3. Este Tribunal considera que el principio de legalidad penal se configura como un principio, pero también como un derecho subjetivo constitucional de todos los ciudadanos. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el Poder Legislativo al momento de determinar cuáles son las conductas prohibidas, así como sus respectivas sanciones. En tanto que, en su dimensión de derecho subjetivo constitucional, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento sancionatorio que lo prohibido se encuentre previsto en una norma previa, estricta y escrita, y también que la sanción se encuentre contemplada previamente en una norma jurídica.
4. Por tanto, resulta igualmente claro que la dimensión subjetiva del derecho a la legalidad penal no puede estar al margen del ámbito de los derechos protegidos por la justicia constitucional frente a supuestos como la creación judicial de delitos o faltas y sus correspondientes supuestos de agravación o, incluso, la aplicación de determinados tipos penales a supuestos no contemplados en ellos. El derecho a la legalidad penal vincula también a los jueces penales, y su eventual violación posibilita obviamente su reparación mediante este tipo de procesos de tutela de las libertades fundamentales.
5. Si bien el principio de legalidad penal, el cual protege el derecho de no ser sancionado por supuestos no previstos en una norma jurídica, en tanto derecho subjetivo constitucional debe ser pasible de protección en esta vía, el análisis que debe practicar la justicia constitucional no es equiparable a la que realiza un juez penal. En efecto, como este Tribunal lo ha señalado en diversas oportunidades, “[...] no puede acudir al hábeas corpus ni en él discutirse o ventilarse asuntos resueltos, como [lo] es la determinación de la responsabilidad criminal, que son de incumbencia exclusiva de la justicia penal. El hábeas corpus es un proceso constitucional destinado a la protección de los derechos reconocidos en la Constitución, y no a revisar si el modo como se han resuelto las controversias de orden penal es el más adecuado conforme a la legislación ordinaria. En cambio, no puede decirse que el hábeas corpus sea improcedente para ventilar infracciones a los derechos constitucionales procesales derivadas de una sentencia expedida en proceso penal, cuando ella se haya dictado con desprecio o inobservancia de las garantías judiciales mínimas que deben guardarse en toda actuación judicial, pues una interpretación semejante terminaría, por un lado, por vaciar de contenido el derecho a la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales y, por otro, por promover que la cláusula del derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva) y el debido proceso no tengan valor normativo” [cf. STC 1230-2002-HC/TC].
6. De modo análogo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante resolución de fecha 13 de octubre de 2004, declarando inadmisibile la petición



34

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

presentada por el recurrente (cf. petición N.º 369-2001 - Informe N.º 45/04), ha establecido:

42. Al respecto, la CIDH ha sostenido desde su principal pronunciamiento en este tema que La Comisión es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando ésta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención. Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula arriba expuesta. La función de la Comisión consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados partes de la Convención, pero no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia.

7. Es bien cierto que, como regla general, la tipificación penal y la subsunción de las conductas ilícitas no son ni deberían ser objeto de revisión en estos procesos. Al fin y al cabo, ni la justicia constitucional puede considerarse en forma análoga a la justicia penal, ni aquella resulta una tarea que entre en el ámbito de competencia de los jueces constitucionales. Como nuevamente lo ha expresado su par español, mediante estos procesos se ha “encomendado proteger los derechos fundamentales (...), conociendo de toda calificación jurídica realizada por los tribunales ordinarios que viole o desconozca (...) derechos, pero carece de aquel carácter en relación con procesos comunes que resuelvan derechos intersubjetivos ajenos a los derechos fundamentales y que se pronuncien sobre cuestiones de mera legalidad, al ser competencia exclusiva de los jueces y tribunales su interpretación y decisión, fijación de los hechos y subsunción, así como la precisión de las consecuencias jurídicas (...), aunque se apoyen en errores, equivocaciones o incorrecciones jurídicas o, en definitiva, en la injusticia de las resoluciones, porque ello le convertiría [al juez constitucional] en órgano de control de la mera legalidad, ejerciendo funciones que no le atribuye la Constitución” [cf. STC 104/1985].
8. De ahí que solo excepcionalmente quepa efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal y, en concreto, en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores. En consecuencia, si en la justicia ordinaria se determina la culpabilidad o inocencia del imputado, determinando en el caso si se da el supuesto de hecho previsto en la norma y sobre la base de consideraciones de orden penal, de acuerdo con la alternativa que ofrezca la dogmática penal que se estime la más adecuada, la justicia constitucional, en cambio, se encarga de determinar si la resolución judicial cuestionada afecta a derechos constitucionales.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

35

9. El recurrente, basándose en diversa doctrina penal, alega que el delito de peculado, por su propia naturaleza, sólo puede ser cometido por funcionario público al que, por razón de su cargo, se le ha encomendado la administración o custodia de caudales o efectos del Estado, por lo que, al no tener formalmente Vladimiro Montesinos Torres el cargo de Jefe del Servicio de Inteligencia, cargo que sí lo habilitaba para el manejo de fondos públicos, habiendo sido incluso sancionado penalmente por ejercer dichas funciones sin haber sido designado para ello (delito de usurpación de funciones), no puede ser considerado autor del delito de peculado. Del mismo modo, la sentencia condenatoria, invocando conceptos desarrollados por la doctrina penal, señala que también puede configurarse el delito de peculado en caso de que el funcionario público detente la función *de facto*.

La parte demandante sostiene, además, que la participación delictiva sólo puede producirse en la etapa de ejecución o preparación del delito y no en posteriores etapas del *iter criminis*. Así, afirma que, al consumarse el delito de peculado con la apropiación de los fondos públicos, la posterior recepción del dinero por parte del recurrente no puede ser considerada una forma de participación en el delito de peculado.

10. Este Tribunal coincide con lo señalado en la sentencia cuestionada en el sentido de que sí se configura, en el caso, el delito de peculado. Si bien es cierto que formalmente Vladimiro Montesinos Torres ocupaba el cargo de Asesor II de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, en realidad, ejercía, de hecho, la Jefatura del SIN, cargo que le permitía la custodia y administración de fondos públicos, por lo que puede considerarse sujeto activo del delito, tal como lo prevé el artículo 387 del Código Penal.
11. Asimismo, tampoco puede afirmarse, como lo hace la parte demandante, que la recepción de fondos públicos por parte del recurrente fue posterior a la consumación del peculado. Por el contrario, la consumación del delito de peculado se da, en el presente caso, cuando Vladimiro Montesinos Torres hace entrega de los caudales públicos al recurrente, momento en que ellos salen de la esfera de dominio estatal, consumándose, así, el peculado, por lo que no tiene sustento la alegada vulneración del principio de legalidad.
12. Este Colegiado no puede dejar de señalar que la conducta incriminada al recurrente estaría tipificada, además, en el artículo 385-a) de la Ley N.º 26859, Orgánica de Elecciones, sancionada con pena privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de seis y, en el caso de los funcionarios, con inhabilitación por igual tiempo a la condena.



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

36

EXP. N° 2758-2004-HC/TC  
LIMA  
LUIS GUILLERMO BEDOYA DE  
VIVANCO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

**HA RESUELTO**

Declarar **INFUNDADA** la acción de hábeas corpus.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI  
GONZALES OJEDA  
GARCÍA TOMA**

**Lo que certifico**



CARLOS ENRIQUE PELÁEZ CAMACHO  
SECRETARIO GENERAL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXPEDIENTE N° 2758-2004-HC/TC  
LIMA  
LUIS GUILLERMO BEDOYA DE  
VIVANCO

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO  
JUAN BAUTISTA BARDELLI LARTIRIGOYEN**

Con el debido respeto por mis colegas, discrepo tanto de las consideraciones por ellos expuestas como de la parte resolutive de la sentencia recaída en el expediente del rubro, por las siguientes razones:

1-) La justicia penal no puede ser arbitraria, ya que toda persona sabe que no podra ser condenada si no existe un delito y pena fijados en una ley previa

Es este el *principio de legalidad* que se remonta al derecho romano de donde proviene el conocido aforismo *nullum crimen, nullum poena, sine lege* y que es recogido en el articulo 2 inciso 24) literal "d" de la Constitucion del Estado que a la letra dice : "Nadie sera procesado ni condenado por acto u omision que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequivoca, como infraccion punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley".

2-) El principio de legalidad penal sintetiza en si mismo diversos aspectos del estado de derecho en el ambito del derecho estatal sancionador. En tal sentido se vincula con el *ius imperium*, como presupuesto de la actuacion del Estado sobre los bienes juridicos de los ciudadanos, pero tambien con el derecho de estos a la seguridad, asi como la prohibicion de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad por parte de los organos jurisdiccionales.

De lo expuesto se deduce que el principio de legalidad exige la existencia de una ley (*lex scripta*) que sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

El cumplimiento de estas tres exigencias determina el rechazo de la *analogia* como fuente creadora de los delitos y las penas y limita, absolutamente, a los jueces la posibilidad que se conviertan en *legisladores*.

La vulneracion del principio de legalidad se ha manifestado historicamente en las dictaduras totalitarias. Recordemos que en la alemania nazi los jueces determinaban los delitos y las penas según el "*santo sentimiento del pueblo*" y en la Union Sovietica de acuerdo con la "*conciencia socialista de la justicia*". Afortunadamente esa epoca paso y en la actualidad el principio en mencion es considerado "(...)como una característica de los pueblos civilizados (...)" que inspira la legislacion de "(...)todos los paises cultos(...)"(Mir Puig Santiago, "Derecho Penal" , Editorial Bosch, Barcelona, España, 1998, pagina 76)

3-) El Tribunal Constitucional, en su sentencia 0010-2002-AI/TC ha señalado que el principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino tambien que las

conductas prohibidas esten claramente delimitadas previamente por la ley, cita que la sentencia en mayoria, realiza en el fundamento 2) segundo parrafo.

4-) La Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que "(...) en la elaboracion de los tipos penales es preciso utilizar terminos estrictos y univocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Esto implica una clara definicion de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilicitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulacion de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales como la vida o la libertad (Remotti Carbonell Jose Carlos "La Corte Interamericana de Derechos Humanos", IDEMSA, Lima, Peru, pagina 353).

5-) De acuerdo con los fundamentos expuestos discrepo de lo señalado por mis honorables colegas en el fundamento 9) cuarto parrafo, de la sentencia en mayoria, que se transcribe a continuacion : "*(...) resulta indudable que de la forma como se encuentra previsto el delito de peculado en nuestroCodigo Penal, el autor del mismo es un funcionario publico que reuna determinadas características, como es el hecho de que por razon de su cargo tenga la percepcion, administracion o custodia de bienes estatales. Sin embargo no resulta una interpretacion que exceda lo dispuesto en la norma penal, de modo tal que pueda considerarse como una creacion judicial de supuestos no previstos, que se sancione como autor de peculado a quien, sin tener formalmente la condicion de funcionario publico, que por razon de su cargo tenga la percepcion, administracion o custodia de bienes estatales, no obstante ejerce de facto dicha funcion*".

6-) Este fundamento contraviene el principio de legalidad al establecer que los jueces pueden crear delitos .El origen politico del principio en cuestion radica en la division de poderes que separa de manera clara las funciones de legislador y juez. En tal sentido, a este ultimo se le priva la posibilidad de crear delitos o penas. Sin embargo "(...) la sujecion del juez a la ley no debe entenderse como si ello significara la aniquilacion de la aportacion creadora del juez en la Administracion de Justicia, la cual siempre concurre, pero que solo se da dentro del sentido literal posible del texto(...)" (Castillo Alva Jose Luis, "Principios de Derecho Penal, Parte General", Gaceta Juridica, Lima Peru, 2002, pagina 37)

7-) Pese a que , conforme lo establece la sentencia en mayoria y reiterada jurisprudencia este Tribunal Constitucional, no puede dictar pronunciamiento tendiente a determinar si existe o no responsabilidad penal de un inculpado o sentenciado, ni efectuar la calificacion del tipo penal, toda vez que estas son facultades exclusivas de la jurisdiccion penal ordinaria (Sentencias dictadas en los expedientes Ns 2040-2003-HC/TC, 1634-2003-HC/TC, 1076-2003-HC/TC y 1551-2003-HC/TC), debo manifestar, que se ha sentenciado al accionante por peculado a titulo de complice, a pesar que para que se configure el delito quien le

entrego el dinero, debio ser funcionario publico, conforme lo señala expresamente el articulo 387 del Codigo Penal.

8-) Merece especial consideracion para el suscrito, el hecho que al accionante, Luis Bedoya de Vivanco, se le haya impuesto la pena de 5 años de pena privativa de la libertad efectiva y a su co inculpado Tomas Gonzales Reategui, la pena de 3 años de pena privativa de la libertad efectiva, conforme consta de la sentencia expedida por la Sala Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 29 de mayo de 2003, la misma que fue declarada No haber Nulidad mediante sentencia de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la republica, de fecha 14 de noviembre de 2003.

9-) En efecto, la sentencia, primeramente mencionada, al efectuar el analisis de la determinacion de la pena señala (fojas 9733) "(...) en el caso de Luis Guillermo Bedoya de Vivanco se debe tener en cuenta su formacion profesional y trayectoria como hombre publico, las circunstancias al hecho delictivo que le otorgan un plus de reproche en relacion a cualquier particular (...)", y en en caso del co acusado Tomas Gonzales Reategui la Sala señala "(...) se tiene en cuenta el haber servido de intermediario entre los acusados Vladimiro Montesiños Torres y Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, tambien le resulta trasladable lo precisado en lo concerniente al procesado antes citado".

10-) Al respecto , en opinion del suscrito, la aplicación de la pena por parte del Colegiado, vulnera el derecho a la igualdad de trato por los tribunales, que en los procesos penales tiene dos aspectos . Uno es el principio fundamental de que la defensa y la acusacion sean tratadas de tal manera que se garantice que ambas partes tienen una oportunidad igual para preparar y exponer sus argumentos en el transcurso del proceso; y el otro aspecto, se refiere a que todo acusado tiene derecho a recibir un trato igual que otras personas acusadas en similar situacion, sin discriminacion. El trato igual significa que cuando los hechos objetivos son similares, la respuesta del sistema judicial ha de ser similar. En consecuencia, el principio en mencion se viola ya que se establece que Bedoya tiene formacion profesional y trayectoria de hombre publico, situacion similar a la de Gonzales Reategui, sin embargo, la pena es distinta.

11-) En tal sentido, considero que la sentencia de la Corte Superior y la de la Corte Suprema de Justicia, deben ser declaradas nulas por este Tribunal, al declarar fundada la accion de habeas corpus deducida por el accionante Bedoya de Vivanco, ya que la inobservancia de una garantia constitucional, vicia de nulidad absoluta las sentencias

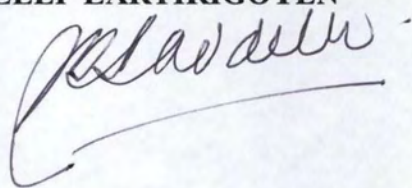
M

12-) Por estas consideraciones mi voto es por que debe declararse **FUNDADA** la demanda de habeas corpus y en consecuencia nula la sentencia expedida por la Sala Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 29 de mayo de 2003 y la sentencia de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, de fecha 15 de diciembre

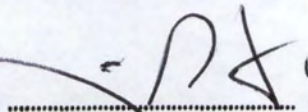
de 2003, debiendo emitir la autoridad judicial competente nueva sentencia conforme a los fundamentos expuestos en este voto singular.

SS.

**BARDELLI LARTIRIGOYEN**



**Lo que certifico**



CARLOS ENRIQUE PELAEZ CAMACHO  
SECRETARIO GENERAL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

41

EXP. N.º 2758-2004-HC/TC

LIMA

LUIS GUILLERMO BEDOYA DE VIVANCO

### VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA REVOREDO MARSANO

1. Constituye precedente obligatorio que vincula inclusive a los Magistrados de este Tribunal Constitucional (Artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) lo dispuesto en las sentencias correspondientes a los Expedientes Nos. 010-2002-AI/TC, 589-2003-HC/TC, 290-2002-HC/TC y otros, en las que se reconoce la competencia de este Colegiado para entender de la tipificación penal realizada por la autoridad judicial en los procesos (tanto regulares como irregulares) de Hábeas Corpus, cuando dicha tipificación vulnera el principio de legalidad penal y los derechos fundamentales de la persona (Artículo 2, inciso 24, d) de la Constitución). Discrepo, entonces, de lo expresado en la recurrida y en los párrafos pertinentes de la sentencia, en los que parece recortarse esta atribución al Tribunal Constitucional.

2. Opino –en discrepancia con mis colegas- que la usurpación de funciones públicas no convierte al usurpador en funcionario público y que el Artículo 387 del Código Penal exige textualmente que el funcionario administre bienes públicos “por razón de su cargo”. Interpretar lo contrario es apartarse del texto claro, expreso y literal de la ley penal y rozar analogías prohibidas por la Constitución.

3. Nada se dice en la sentencia recurrida respecto a un requisito esencial para configurar el delito de peculado, como es el “*animus*” o la intención dolosa -del autor o del partícipe- de cometer **ese delito**. Tampoco aparece claro si la participación del recurrente en los hechos revestía la calidad de indispensable o necesaria a fin de configurar un delito de peculado. Es decir, no se fundamenta en la recurrida, ni se le exige en esta sentencia, fundamentar la intención dolosa del recurrente de cometer precisa y específicamente un delito de peculado. Lo anterior no significa, sin embargo, que quede exonerado de toda responsabilidad por otros delitos, en caso no llegue a tipificarse el de peculado.

4. En cuanto a la vulneración del principio de igualdad en la tutela jurisdiccional, se omite explicar la aparente contradicción judicial que alega el recurrente, referida a la tipificación de los mismos hechos como delito de peculado en su caso, y como delito de receptación en otros.




TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

42

Por lo expuesto, soy de opinión que debe anularse la sentencia recurrida, a fin de que la Sala denunciada proceda a esclarecer los temas mencionados, en nueva resolución.

SS.  
REVOREDO MARSANO

**Lo que certifico**

  
  
CARLOS ENRIQUE PELAEZ CAMACHO  
SECRETARIO GENERAL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL